JACOBI FRIDERICI LUDOVICI,

J. U. D. PP. & Fac. Jur. Adseff.

USUS PRACTICUS DISTINCTIONUM JURIDICARUM,

JUXTA

ORDINEM DIGESTORUM ADORNATUS.

PARS III.

Libros reliquos à libro XXIIX usque ad finem pertractans.

EDITIO II

Auctior & emendatior.

HALÆ MAGDEBURG.

Sumptibus ORPHANOTROPHEI.

Typis JOHANNIS GRUNERI, Acad. Typ.

ANNO M DCCX.

Usus Practici Distinctionum Juridicarum

PARS III.

LIBRI XXIIX. Digestorum

TIT. I.

QVI TESTAMENTA FACERE POSSVNT.

DISTINCTIO I.

Inter Testamentum *publicum* & *privatum*.

USus hujus distinctionis melius cognosci non potest, quam si requisita testamentorum duplicia, *interna* scilicet & *externa*, speciatim considerentur. Scilicet, quantum ad requisita interna attinet, *heredis institutionem* præcipue, nulla omnino inter testamentum publicum & privatum reperitur differentia. Utrumque enim tanquam inofficiosum impugnari potest, si vel Parentibus, vel liberis, vel fratribus etiam, si hisce turpis perso-

persona præfertur, legitima portio honorabili institutionis titulo non fuerit relicta. Utrumque etiam testamentum per agnationem posthumi & per aliud posterius testamentum rumpitur: utrumque per capitis diminutionem testatoris fit irritum: utrumque destitutum redditur, si heres scriptus vel non vult, vel non potest adire hereditatem, &c.

Quantum vero solennia externa concernit, testamentum publicum privato multis parasangis præferri meretur. Nec enim illud testium numerum desiderat, & sic nec eorum subscriptionem, aut subsignationem, aliaque omnia, quæ in testamentis privatis exiguntur, unde cautelæ loco commendari solet, ut quis testamentum suum vel Principi offerat, vel Actis insinuet, si ad miseram illam & nimiam testamentorum privatorum diligentiam adstrictus esse nolit, *v. l. 58. §. ult. ff. de Legat. 2.* Sic quoque testamenta judicialia non opus habent recognitione, bene tamen privata, si controversia eo nomine oriatur. Ceterum controversias, quæ & circa testamenta publica moveri solent, fuse persequitur & decidit Illustr. Dn. Stryk. *in tr. de Cautel. testam. cap. 8.* quas hic recensere instituti nostri non est,

DE

DISTINCTIO II.

Inter testamentum privatum *scriptum* & *nuncupativum*.

SOlennia hic fere sunt eadem in utroque testamento. Quicunque testis esse nequit in testamento scripto, ille nec in nuncupativo admittitur. Testamentum scriptum actu continuo fieri debet, nuncupativum non minus. Nulla ergo diversitas admitti potest, nisi quam ipsa rei natura suppeditat, id est, in testamento nuncupativo non requiritur Subscriptio & subsignatio testium, quia scriptura ibi plane non adhibetur. Ex quo simul profluit, quod in eodem nuncupativo etiam literarum imperiti ad testimonium admittantur, quod in testamento scripto secus se habet. Posses & hoc addere, quod in testamento scripto testimonium sit *nudæ solennitatis*, at vero in nuncupativo *& solennitatis & veritatis simul, v. cit. tr. de cautel. testam. c. 15. §. 43.*

Adducunt quidem nonnulli hanc differentiam, quod Legatarius, in testamento scripto testis esse possit, non autem in nuncupativo, ex ratione, quod hic audiat Legatarius, sibi quid legari, atque adeo testimonium ejus ob interesse, quod habet, reddatur suspectum, vid. Duarenus *ad tit. ff. qui testam. fac. poss. sub rubr. de testib. in testam. idon. vers. quidam ex veteribus.* Curtius *Consil. 178.* Verum enim

vero cum §. *11. J. de testam.* eos saltem a testimonio excludat, *qui juris successores sunt*, & vero Legatarius nec in scripto, nec in nuncupativo testamento talis juris successor sit, hinc ea differentia merito rejicitur, *v. d. tract. cap. 15.* §. *48.*

Sed quid sentiendum de famosa illa controversia DD. quando quidem admittunt, quod *heredis institutio relativa* in testamento scripto fieri possit, non autem in nuncupativo? Sane, quod urgent nonnulli, nuncupationem non esse, nisi nomen heredis clare exprimatur, & ad stabiliendam hanc sententiam suam *l. 29. C. de testam. l. 21. pr. ff. de testam.* nec non *Ordin. Notar. de A. 1512. Tit.* von Testamenten. §. aber die Form. &c. ibi: Daß der / so das Testament machen will / dessen / oder deren / so Er zu Erben haben will / und denen Er etwas verschaffen oder verlassen will / Nahmen und was Er im Testament begriffen haben wolt / öffentlich und klärlich benenne / adducunt; id parum ponderis habere videtur, clara enim verba hic rem non conficiunt, sed ad mentem legum est respiciendum, juxta hanc vero id quoque palam fieri dicitur, quod per relationem tale est, unde & cum nobis faciunt Everhardus *vol. 2. Consil. 43. num. 5. & 6.* Cardin. de Luca *Theatr. verit. & justit. Tr. 1. P. 1. Disc. 1.* Brunnem. *ad l. 77. ff. de hered. instit. num. 1. seq.* Imo nec a nobis recedit Illustr. Stryk. *cit. tr. cap. 16. §. 25.* quamvis cum

hic

hic testetur, sententiam contrariam communiorem esse atque receptiorem; ille, qui regulas prudentiæ sequi vult, melius faciat, ut ab heredis institutione relativa in testamento nuncupativo abstineat.

Lib. XXIIX. Tit. II. & V.

De Liberis & posthumis & de heredibus instituendis.

DISTINCTIO I.

Inter Heredis institutionem *necessariam* & *voluntariam*.

PRior obtinet intuitu Parentum, liberorum, nec non fratrum in eo casu, si persona turpis aut levis notæ macula laborans ipsis in testamento præfertur, *l. 27. C. de inoff. testam.* *Posterior* autem intuitu reliquorum cognatorum omnium, aliarumque personarum extranearum, sive amicitiam cum testatore coluerint, sive non.

Ex quo consequitur, quod si quis Parentes, liberos, vel fratres in casu adducto heredes non instituat, quod, inquam, testamentum tunc corruat juxta dispositionem *Nov. 115. c. 3. & 4.* quod tamen de necessaria institutione quoad Legitimam solum intelligendum

dum eſt, in reliquis enim bonis liberrima facultas enumeratis perſonis competit. E contrario; quamvis quidam ex cognatis reliquis maxima egeſtate laboret: quamvis item alius quiſpiam ſumma mihi beneficia exhibuerit, aut intimam mecum amicitiam coluerit, jus tamen impugnandi teſtamentum meum, in quo plane præteritus eſt, ipſi nullum competit. Propter ſolam enim amoris violationem in foro humano actio non conceditur, ſed potius cujusvis conſcientiæ hoc relinquitur.

Lib. XXIIX. Tit. III. & IV.

De Injuſto, rupto, irrito facto teſtamento.

&

De his, quæ in Teſtamentis delentur, inducuntur, vel inſcribuntur.

DISTINCTIO I.

Inter Teſtamentum *nullum, ruptum, irritum, deſtitutum* & *inofficioſum.*

Nullum vocatur teſtamentum, quando ſtatim ab initio defectus aliquis adeſt, v. g. quod teſtes ſint inhabiles: quod actus

actus extraneus intercesserit: quod testator non gaudeat facultate testandi: quod non adsit legitima heredis institutio, &c. dicitur alias quoque *injustum* & *invalidum*.

Ruptum est, quando post actum testandi legitime celebratum vel adnascitur posthumus, cujus in testamento nulla facta est mentio, idque naturaliter per generationem, aut civiliter per adoptionem, &c. vel quando testator ex intervallo contrariam suam voluntatem in alio testamento aeque legitime condito declarat. Posses hanc appellare ruptionem *civilem*, cui adhuc addenda ruptio *physica*, quando testator non quidem aliud testamentum condit, sed tamen illud, quod ab initio confecerat, lacerat, cancellat, incidit, comburit, &c.

Irritum dicunt, quando testator capitis diminutionem patitur, libertatem, jus civitatis aut familiae amittendo, seu, *quando impedimentum juris supervenit*, ut DD. loqui consueverunt. Impedimentum juris enim nihil aliud est, quam amissio pristini status civilis. Per *impedimentum* facti ergo, quod capitis diminutionem non involvit, non fit irritum testamentum, v. g. si testator postea prodigus, furiosus, &c. evadat.

Destitutum fit testamentum, quando heres in eo legitime institutus vel non potest, vel non vult adire hereditatem, quia ab aditione omnia dependent. Unde ut haec destitutio

evitetur, testatores heredi scripto communiter alium substituere solent.

Inofficiosum denique est testamentum, si exheredatio vel non fit ob causam ingratitudinis talem, quæ in *Nov. 115.* exprimitur: vel quando illa testamento plane non est adjecta: vel denique est adjecta quidem & ex *d. Nov.* desumta, sed tamen ab herede scripto probari nequit, id quod ex *cit. Nov. 115. c. 3. in f.* demonstratur, verbis: *sive igitur omnes* &c. & verb. *si autem hæc observata non fuerint* &c. vid. Huber. *Prælect. ad instit. tit. de exhered. liber.* §. *13. & 14.* Diss. Struv. *S. I. C. Ex. 10. th. 15.* putans, quod eo casu, *si causa plane non est adjecta*, testamentum pro nullo haberi debeat, cui tamen verba Novellæ expresse refragantur. Tunc ergo solum nullitate laborat testamentum, *si liberi plane præteriti, aut non nominatim exheredati.* Quamvis vero Struvius suam opinionem communiter receptam esse dicat; nihilominus tamen ex adducto ipsius loco adparebit, quod propter multos dissentientes, quos allegat, nostra opinio sit æque communis. *

* Mutavi sententiam hanc quodammodo in *Doctr. ff. de inoff. testam.* §. *X. & XI.*

Jam ad usum distinctionis accedimus. Scilicet testamentum si *nullum* est, per querelam nullitatis *intra 30. annos* adhuc impugnari potest; sed si *inofficiosum*, conceditur saltem *quinquennium*, *l. 8. §. f. ff. de inoff. testam. l. pen. §. 2. C. eod.*

Quæ-

Querela inofficiosi nondum instituta, aut præparata *ad heredes non transmittitur*, *l. 34. & l. 36. C. eod.* si scilicet is, cui competit querela, moriatur antequam heres scriptus hereditatem adiit. Ast *querela nullitatis* etiam non præparata *ad heredes indistincte transmittitur*, non minus ac alia remedia civilia, vid. Richter *ad Auth. in Testament. num. 26. C. ad Sc. Trebell.* B. Stryk. *de Cautel. testam. cap. 19. §. 44.* Lauterbach *Comp. jur. tit. de inoff. testam. in f.* conf. *tit. de inoff. testam. dist. I.*

Testamento ab ascendentibus & descendentibus per *querelam inofficiosi* rescisso, *Legata nihilominus debentur* & omnia reliqua capitula, v. g. tutoris datio, &c. subsistunt, *Nov. 115. c. 3.* Ast, si per *querelam nullitatis* impugnatur, omnia corruunt & sic cum principali etiam accessoria. Quotiescunque enim jus vetus hac parte non reperitur mutatum, toties eidem merito inhæremus, cum exceptio firmet regulam in casibus non exceptis.

Testamentum *ruptum*, *irritum* & *destitutum* ut per remedium aliquod impugnetur, opus non est, absque impugnatione enim vires suas jam amisit. Et hic etiam deficiente jure correctorio recentiori regulæ antea adductæ inhærendum, quod nempe deficiente heredis institutione ex tali testamento nec legata, aut fideicommissa debeantur. Equidem Lauterbach *Comp. jur. h. t.* existimat, quod propter *Nov. 1.* hodie ex testamento *destituto* nihilominus

nus Legata solvenda sint; Verum enim vero *d. Nov.* non loqui de testamento destituto, sed de eo casu, *si heres hereditatem jam adiit & post aditionem legata exsolvere detrectat*, jam ab aliis demonstratum est, B. Stryk *de success. ab intest. Diss. 1. C. 1. th. 53.* Imo ab ipso Lauterbachio *in Disp. de testamento destituto*, prout allegatur à Dn. Beyero *in Pos. ff. h. t. circ. fin.*

DISTINCTIO II.

Inter ruptionem *verbalem* & *realem*.

TErminos hujus distinctionis jam sub *dist. praced.* explicavimus. Usus vero, ut paucis dicamus, in eo consistit, quod ruptio *verbalis* nuda non sufficiat, sed nova heredis institutio cum omnibus suis solennitatibus accedere debeat, aut ad minimum lapsus decennii à tempore primi testamenti, *v. l. 27. C. de testam.* Ast ruptio *realis* nec novam heredis institutionem, nec solennitates, nec temporis lapsum desiderat, sed statim suum effectum habet. Et hoc est, quod dicunt DD. *facta potentius operari, quam verba.*

Lib. XXIIX. Tit. VI.

De vulgari & pupillari substitutione.

DISTINCTIO I.

Inter substitutionem *vulgarem* & *pupillarem*.

Differunt hæ duæ substitutionum species (1.) *intuitu ipsius substituentis.* Vulgariter quilibet substituere potest, qui testamentum condit; sed pupillariter nonnisi pater, qui filium in sua potestate adhuc habet.

(2.) *Intuitu illius, cui substituitur.* Vulgaris fit heredi cuicunque; sed pupillaris nonnisi liberis impuberibus in patria potestate existentibus.

(3.) *Intuitu termini, ad quem substituitur.* Vulgaris statim expirat, si heres institutus hereditatem adiit, tunc enim heredes ab intestato plene sunt exclusi & sic testator scopum suum assecutus est: at pupillaris durat usque ad 14. annum, quamvis filius heres institutus hereditatem revera adierit, deinde tamen intra pubertatem decesserit, *v.* §. 8. & 9. *J. de pupillar. substit.*

DI-

DISTINCTIO II.

Inter Substitutionem *pupillarem* & *quasi pupillarem.*

De *priori* jamdum constat ex modo dictis. *Posterior*, quæ & *exemplaris* nec non *Justinianea* vocari consuevit, (ex ratione, quia ab Imp. Justiniano ad exemplum pupillaris introducta fuit,) *non requirit patriam potestatem* in substituente, sed matri quoque & Patri intuitu filii jam emancipati à Legibus conceditur, *v. l. 9. ibi: qui vel quæ C. de impub. & aliis subst.*

Deinde non fit propter ætatem impuberem, sed *quemcunque alium defectum*, propter quem aliquis testari impeditur, v. g. furorem, prodigalitatem, &c.

In substitutione pupillari quilibet extraneus pro lubitu eligitur; ast in quasi pupillari substituendi sunt (1.) *liberorum furiosorum, &c. liberi*, & (2.) his deficientibus *eorum parentes, fratres atque sorores, d. l. 9.*

DISTINCT. III.

Inter Substitutionem *militarem* & *vulgarem.*

In *militari* non opus est, ut miles sibi ipsi testamentum faciat, sed hic substitutio absque institutione subsistit, quod in reliquis, imo in

in ipsa pupillari substitutione secus est, *l. 2. §. 1. ff. h. t.*

Secundo, miles omni heredi in casum, quo utcunque defecerit, item liberis etiam puberibus, quamdiu hoc ipsi placet, substituere potest, *l. 8. de impub. & al. substit.* Sed substitutio vulgaris eousque saltem valet, *donec adita fuerit hereditas*, & pupillaris, *donec filius impubes pubertatem attigerit*, vid. Lauterbach. *ad h. t. in fin.* Et hinc esse puto, quod DD. communiter hanc substitutionis speciem *privilegiatam* appellare consueverunt, vid. Struv. *S. I. C. Exerc. 33. thes. 38.*

Lib. XXIIX. Tit. VII.

De Conditionibus Institutionum.

AGendum sub hoc titulo esset de differentia tum inter ipsas conditionum diversas species, tum inter conditionem & diem, conditionem & modum, & sic porro; verum, quoniam infra *Lib. XXXV. Tit. I.* in materia legatorum adhuc alius titulus *de conditionibus & demonstrationibus, & causis & modis eorum &c.* occurrit, sub quo hæc materia uberius tractari potest, quam sub præsenti quidem; hinc eo reservabimus Distinctiones hujus tituli eorumque usum practicum.

LIB. XXIIX. TIT. IIX.

De Jure deliberandi & beneficio inventarii.

DISTINCTIO I.

Inter *inventarium* & *juratam specificationem*.

DE jure quidem Romano ad confectionem inventarii plurimæ exigebantur solennitates juxta *l. f. C. de jur. delib.* v. g. ut inchoetur illa intra primum mensem & intra alios duos perficiatur, aut quoad res in remotioribus locis sitas intra annum: ut fiat in præsentia Legatariorum per Edictum vocatorum: ut subscribatur inventarium confectum ab herede, vel si hic scribere nesciat, à Notario, præfixo signo crucis, & quæ sunt similia; Verum enim vero postquam Mevius *P. 2. Dec. 356.* testatur, omnes illas solennitates in Provinciis nostris cessare, hinc in eo saltem diversitas hodie sese exerit inter *inventarium* & *juratam specificationem*, quod *prius* à Notario adhibitis duobus testibus conficiatur & in instrumentum publicum redigatur, ubi regulariter etiam obsignatio bonorum in ipso momento mortis defuncti præmittenda est, ut præsumtio subtractionis bonorum excludatur; *posterior* autem privatim fiat ab ipso herede,

rede, quæ eapropter quoque per juramentum ſemper confirmari debet, cum tamen heres ad præſtandum ſuper legitimo inventario jusjurandum regulariter adigi nequeat, niſi veroſimiles defectus inventarii adſint, Mev. *P. 4. Deciſ. 92.* Illuſtr. Dn. Stryk *Cautel. Contract. Sect. 3. cap. 3. §. 3.*

Sed an jurata ſpecificatio eundem effectum producat, qui inventario adſcribitur, palmaria forſan eſt quæſtio. In Saxonia hæc quæſtio ſine dubio affirmanda, quippe in qua heres, licet inventarium non confecerit, tamen ultra vires hereditarias non tenetur, Land-R. *l. 1. art. 6.* Richter *Deciſ. 60. num. ult.* Struv. *Ex. 33. th. 57.* Carpzov. *P. 3. C. 33. Def. 18.* Sed extra Saxoniam hoc univerſaliter adſtrui non poteſt, Mevius enim *P. 2. Dec. 96.* juratæ illi ſpecificationi non eum tribuit effectum, ne quis ultra vires hereditarias teneatur, ſed hunc ſaltem, ut notitia bonorum exinde deſumi poſſit. Ergo hic ad mores cujusvis loci reſpiciendum & cautius ſine dubio agit, qui inventarium coram Notario & teſtibus confici curat.

LIB. XXIX. TIT. I.
De Teſtamento Militis.
DIST. I.
Inter Militem *in acie, in caſtris* & *in hybernis* conſideratum.

MAximus hujus distinctionis usus deprehenditur in quæstione: *an & in quantum miles ab observatione solemnitatum ordinariarum in testamentis exemtus sit?* Hic enim decisio pro ratione triplicis illius considerationis variat. Scilicet, si *in acie* deprehenditur miles, (quo refero etiam eos, qui urbem obsessam vel defendunt, vel oppugnant) *tunc omnes omnino solennitates cessant*, adeo ut etiam sufficiat, licet literis sanguine rutilantibus, vel procumbens nomen heredis in arena exaraverit, *v. l.15. C. h. t.* nec opus est, ut duo testes ad hoc rogati fuerint à milite, sed valet talis scriptura etiam absque omnibus testibus, modo de manu militis constet, aut, si testes ad eam probandam producuntur, fidem jam faciunt, quamvis ex improviso supervenerint & militem scribentem viderint. Nihil enim aliud hic requiritur, nisi ut de veritate constet, ad hanc vero demonstrandam nullis solennitatibus opus est.

Si *extra aciem in castris* inveniuntur milites, *duo testes* semper exiguntur, quamvis testamentum in scriptis conditum fuerit.

Denique, si *in hybernis* sunt milites, tunc testaturis de solennitatibus juris civilis *nihil remittitur*, prout hæc omnia videri possunt in *Const. Imper. de A. 1512.* von Notarien. *Tit.* von Testamenten / in qua Constitutione Imperator ad sequens fundamentum respexisse videtur; quod

quo

quo propius est periculum, eo magis etiam remittantur solennitates, & contra: *quo longius miles à periculo abest, eo magis ad solennitates observandas adstringatur*, conf. Carpzov. *P. 3. C. 4. Def. 26.* Gail. 2. *obs. 118.* Richter *P. 1. Decis. 38. n. 10. seqq.*

LIB. XXIX. TIT. II.

De adquirenda vel omittenda hereditate.

DIST. I.

Inter Heredes *necessarios*, *suos & necessarios* & *voluntarios*.

N*Ecessarii* apud Romanos erant servi, qui hereditatem Dominorum inviti etiam necessario adire cogebantur, ut ipsorum nomine potius, quam defuncti testatoris bona obærata deinde venderentur, ne defunctus injuria afficeretur, §. *1. J. quib. ex caus. manum. non lic*, §. *1. J. de hered. qual. & diff.*

Idem in *suis* quondam obtinebat, nam & hi sive velint, sive nolint, tam ab intestato quam ex testamento ex L. XII. Tabb. heredes fiebant, §. 2. *J. de hered. qual.* juxta quem §. tamen Prætor ipsis volentibus jus abstinendi dedit.

Extranei seu *voluntarii* hic vocantur omnes,

qui nec in dominica, nec in patria testatoris potestate constituti fuerunt, §.3. J. d.t. Unde etiam filius emancipatus eorum nomine venit, quamvis in linea descendente deprehendatur.

Si usum distinctionis spectas, heredes *necessarii* apud nos cessantibus servis non amplius dantur. Neque etiam inter *suos* & *extraneos* hodie magna est differentia, quemadmodum enim hi hereditatem *repudiare*, ita illi ab eadem *abstinere* possunt. Hoc saltem remansit, quod in materia inofficiosi testamenti liberi sui querelam etiam non inchoatam, nec præparatam in heredes quoscunque transmittant, quia eandem *ipso iure* acquirunt, cum e contrario extranei descendentes dictam querelam in suos liberos solummodo transmittere soleant, *v. supra tit. de rupt. irrit. fact. testam. Dist. I.* Idem in transmissione juris adeundæ hereditatis.

LIB. XXIX. TIT. III.

Testamenta quemadmodum aperiantur, inspiciantur & describantur.

DISTINCTIO I.

Inter Aperturam *simplicem* & *solennem*.

Simplex

S*Implex* apertura eum in finem extrajudicialiter in præſentia tamen honeſtorum Virorum ſuſcipitur, ut cognoſcatur, quis ſit heres, & per conſequens ad quemnam cura funeris ſpectet, nec non quomodo ipſa ſepultura ſit perficienda, de hoc enim teſtatores plerumque ſpecialem diſpoſitionem teſtamentis ſuis inſerere ſolent. Hac apertura facta tabulæ iterum obſignandæ ad futuram aperturam ſolennem.

Fit autem *ſolennis* coram Judice citatis teſtibus ad recognoſcendam manum & ſigilla ſua, nec non heredibus & omnibus, quorum intereſt, ut in horum præſentia recognitio ſuſcipiatur, *v. l. 45. ſeqq. ff. h. t.* Carpz. *P. 3. C. 5. Def. 24. & 25.*

Talis ſolennis apertura apud nos admodum rara eſt, & ſic quoque exiguus hujus diſtinctionis uſus remanet.

Idem dicendum eſt de diſtinctione altera inter *aperturam* & *publicationem*, ſive relationem ad Archivum, quæ in teſtamento privata fide facto requirebatur, ut tale teſtamentum pro inſtrumento publico nunc reputaretur, Lauterbach *Comp. jur. h. t.* Hodie enim, quia teſtamenta vel in ipſis judiciis ſtatim inſinuantur, vel tamen coram Notario & teſtibus conficiuntur, publica fide jam pollent, nec tali publicatione opus habent. Quod ſi quis per publicationem nudam prælectionem intelli-

gere vellet, prout alias accipitur illud vocabulum, v.g. in publicatione sententiæ, Rotuli testium, &c. tunc quidem concedendum esset, eam adhuc hodie esse necessariam, sed tamen hoc pacto alius dicto vocabulo sensus affingeretur, quam ex præsenti titulo illi competit, conf. Carpzov. *d. Def. 25.*

LIB. XXIX. TIT. VII.
De Jure Codicillorum.

DISTINCTIO I.

Inter *Testamentum* & *Codicillum.*

DIfferentia non exigua tam intuitu substantialium *internorum*, quam *externorum* sese hic exserit.

Quoad *interna.* In Codicillo non habet locum *heredis institutio directa*, nec hereditatis ademtio, nec substitutio, nec heredi jam ante in testamento pure instituto conditio adscribi potest, hoc enim revera novam involveret heredis institutionem, &c. §. *2. J. de Codicill.* Hæc omnia autem in testamento quin fieri possint, nemo est, qui dubitat.

Quoad *externa.* In Codicillis *quinque* saltem *testes* requiruntur, *l. f.* §. *ult. C. de Codicill.* in testamentis vero *septem.*

In

In Codicillis non opus eſt *rogatione ſolenni*, *d. l. f.* bene tamen in teſtamentis.

In Codicillis etiam *mulieres* admittuntur ad teſtimonium ferendum, non tam ex Legum diſpoſitione (argumentum enim, quod communiter ex *l. 1. pr. ff. de teſtib.* & ex *l. 20. §. 6. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* deſumere ſolent, parum ſtringere videtur,) quam recepta DD. opinione; ſed in teſtamento nullo modo mulieris teſtimonium admittitur.

In Codicillis *Legatarii teſtes eſſe non poſſunt*; quia principale negotium ad illos pertinet; in teſtamentis utique poſſunt, ob rationem illam ceſſantem, conf. *§. 11. J. qui teſtam. fac. poſſ. junct. §. prac. 10. eod.*

In Codicillis non requiritur *ſubſignatio teſtium*, *v. d. l. f. §. f. in f. C. de Codicill.* bene autem in teſtamentis, ubi ſola ſubſcriptio neutiquam ſufficit.

Addi poſſunt & ſequentia: Poteſt quis *cum duobus Codicillis decedere*, *§. 3. J. de Codicill.* (modo non ſint ſibi invicem contrarii, tunc enim poſteriores ſolum valent, *l. 3. C. eod.*) ſed duo teſtamenta non ſubſiſtunt, neque ex ſingulis hereditas pro dimidia parte acquiritur. Scilicet duo univerſalia abſque contradictione non ſubſiſtunt, bene tamen duo particularia.

Codicilli *nuda voluntate contraria* revocantur, *v. pr. J. de ademt. legat.* & ne quidem quinque teſtes requiruntur, ſed duo ſuffici-

unt, Illustr. Stryk. *in not. ad Lauterbach. h. t. verb. V. Testibus* ast vero testamenta per nudam contrariam voluntatem non tolluntur, sed per novam demum heredis institutionem, aut per lapsum decennii post confectum prius testamentum, *l. 27. C. de Testam.* v. *Doctr. ff. tit. de injust. rupt. irrit. fact. test.* §. *VII.*

Olim quoque in Codicillis *tutor dari non poterat, l. 3. pr. ff. de testam. tutel.* bene tamen in testamento, & hinc si in Codicillis datus erat, confirmari debebat; sed cum hodie, prout supra dictum, testamentarii etiam confirmatione Magistratus indigeant, hinc illa diversitas non amplius attendenda erit.

LIB. XXX. XXXI. XXXII.

De Legatis & Fideicommissis.

DIST. I.

Inter *Legata* & *Fideicommissa universalia.*

POstquam hodie Legata & fideicommissa particularia in omnibus sibi exæquata, *v. l. 2. C. commun. legat.* ergo saltem de usu distinctionis inter fideicommissa universalia & Legata agendum erit.

Illud autem exigui momenti est, quod Legata *per modum præcepti* (vel Legis, v. Ulpian. *fragm.*

fragm. tit. 24. §. 1.) fideicommiſſa univerſalia autem *per modum rogationis* fiant; nam & in particularibus fideicommiſſis alter rogatur, & tamen hæc rogatio propterea peculiarem aliquem effectum non producit.

Ergo illud præcipue obſervandum, quod in fideicommiſſarium *onera hereditaria pro rata transferantur*, §. 7. *J. de fideicommiſſ. hered.* non vero in Legatarium, quia Legatum ſine omni onere eſt, *l. 36. ff. de legat. 2. ibi: eſt donatio.* Et ſic fideicommiſſarius *juris* ſucceſſor dici poteſt, non autem Legatarius.

Legatarius *non poteſt cogere heredem*, ut invitus adeat hereditatem, (v. quæ ſupra in materia de teſtamento deſtituto diximus) ſed hoc fideicommiſſario permittitur in *d. §. 7. J. de fideicomm. hered.* adeo, ut tunc fiduciarius quartam ſuam detrahere nequeat, ſed quemadmodum nullum damnum ulterius ex hereditate ejusque occaſione ſentit: ita quoque nullum commodum prætendere poſſit.

Denique Fideicommiſſarius quartam *Trebellianicam*, Legatarius autem *Falcidiam* detrahit, inter quæ duo quid interſit, infra ſuo loco dicetur.

DISTINCTIO II.

Inter Fructus futuros *reſtrictive* & *demonſtrative* legatos.

TOta res, quantum quidem ad conceptum rite de hac diſtinctione formandum attinet,

net. eo recurrit, ut videamus, an Testator *fructuum legatorum in una propositione*, & *fundi*, ex quo illi desumendi, *in altera separatim* mentionem injecerit, utrum vero & fructus & fundum *in una propositione conjunxerit*. Priori casu, v. g. si dixerit, *Titio do lego centum amphoras vini, quas ex vinea mea habebit*, fundus *demonstrative* adjectus esse dicitur; posteriori autem, si verba ita concepta: *Titio ex vinea mea centum amphoras vini do lego*, adjectio fundi *restrictive* facta est.

Usus in eo consistit, quod illo casu, si fundus *demonstrationis* gratia saltem adjectus fuit, quantitas legata nihilominus debeatur, quamvis in fundo adjecto ne minimum quidem natum fuerit, *l. 12. ff. de alim. legat.* quilibet enim videt, quod quia testator ab initio simpliciter dixerat: *Titio do lego centum amphoras vini*, quod, inquam, deinde demonstrationem in favorem legatarii adjecerit, ut eo citius quantitatem legatam ex certo aliquo fundo consequi posset, quis vero hoc, si ibi nihil natum, contra intentionem testatoris in Legatarii odium detorquere vellet?

Aliud, si fundus *restrictive* adjectus, tunc enim testator præstationem legatæ quantitatis ad certum fundum restrinxit, & sic, si nihil nascitur, nihil etiam debetur: sin parum nascitur, parum etiam consequitur Legatarius, *l. 8. §. 2. ff. de legat. 2.*

Adhuc alius suppetit usus. Quando enim fundus

fundus *restrictive* (sive *taxative*) adjectus, Legatarius fundum illum tacite obligatum habet, secus si demonstrative, ubi jure personali saltem gaudet, sed tamen in concursu creditorum in quarta classe locatur & sicomnibus chirographariis anteponitur. Quamvis vero hæc assertio, quantum quidem mihi constat, ex textibus juris non ita clare probetur, usu tamen, ut dicunt, servatur, de quo vid. Brunnem. *Proc. Conc. Cred. Cap.5. §.51. num. 8.* & *§. 62.*

DISTINCTIO III.

Inter Jus accrescendi *heredibus* & *Legatariis* competens.

QUam maxime differunt hæ duæ species. Scilicet *Heredibus* jus accrescendi *simpliciter* & *semper* competit *immediate ex Legis dispositione*, idque ex ea ratione, quoniam alias portio deficientis heredis ad heredes ab intestato devolveretur, quod tamen impingeret in famosam illam *l. 7. ff. de R. J.* Ex quo simul obiter notari potest, substitutionem breviloquam, de qua loquitur Tribonianus in *§. 1. J. de vulg. subst. ibi: vel invicem ipsi, qui heredes instituti sunt*, hodie plane esse otiosam atque frustraneam, & illis saltem temporibus usum aliquem præstitisse, ubi per Legem Papiam Caducariam portio deficiens sine tali substitutione ad fiscum deferebatur, conf. *l. un.*

C. de

C. de caduc. tollend. ibique Gothofred. in not.

Quantum vero ad *Legatarios* attinet, illis jus accrescendi non competit, nisi *conjuncti* sint intuitu unius ejusdemque rei, & ipsis partes reales adscriptæ non fuerint. Ergo conjuncti non sunt, si Titio ædes & Mevio centum legantur. Nec conjuncti censentur, si Titio pars fundi, quæ flumini, & Mevio ejusdem pars altera, quæ viæ proxima, est relicta, conf. *l. 1. pr. ff. de usufr. accresc.* Quod autem in Legatariis talis conjunctio necessario requiritur, exinde provenit, quia ratio ante adducta ex *l. 7. ff. de R. J.* ad Legata applicari nequit, id est, quamvis unus ex Legatariis vel non possit, vel non velit rem sibi legatam acceptare, illa tamen nihilominus ad heredes ab intestato non statim devolvitur, sed heredi in testamento scripto cedit. Interim, quot diversæ conjunctionum sint species, de eo nunc ulterius disquirendum erit.

DISTINCTIO IV.

Inter Conjunctionem *realem*, *verbalem* & *mixtam*.

R*ealis* est, quando duo Legatarii *in duabus propositionibus* deprehenduntur, ad eandem tamen rem concurrunt, v. g. *Titio lego ædes meas, Cajo do lego ædes meas.* Hi ita denotantur o. o.

Verbalis dicitur, quando illi duo Legatarii in

in una propositione per conjunctionem copulativam conjunguntur adjecta voce: *aquis partibus*, v. g. *Sejo & Mevio do lego ædes meas aquis partibus.* Indicantur hoc modo o — o.

Mixtam appellant, quando itidem collegatarii in una propositione conjunguntur, ita tamen, ut verba: *aquis partibus, non sint adjecta*, v. g. *Modestino & Paulo do lego ædes meas*, v. *l. 89. ff. de legat. 3. l. 142. ff. de V. S.* Denotantur ita: o × o.

Quid ergo, *si omnes illi sex Legatarii legatas ædes acceptarent*, quæritur, quot earum partes constituantur? Ad numerum personarum hic respici non potest, alias enim sex fierent portiones, sed ita formanda est regula: *quot sunt propositiones, tot fiunt portiones.* Sed vero quatuor solummodo propositiones adsunt, ergo etiam plures portiones constitui nequeunt. Ergo *Titius* primam, *Cajus* secundam, *Sejus & Mevius* tertiam, *Modestinus & Paulus* quartam portionem consequuntur.

Quid vero, *si unus ex illis sex legatariis deficiat*, quæritur, cuinam deficientis illius portio accrescat? Tota res ex hoc fundamento decidenda est, ut ad conjunctionem civilem, quæ inter Legatarios intercedit, respiciamus, quorundam enim intuitu illa arctior est, aliorum respectu autem laxior. Ergo *si re conjunctus deficit*, illius portio vacans omnibus reliquis accrescit, quia scilicet re conjunctus cum nemine in eadem propositione deprehenditur

tur & ſic omnes ipſi æque proximi ſunt. Portio vacans iterum juxta regulam prius adductam dividitur, ut tot fiant ſubportiones, quod ſunt propoſitiones.

Quod *ſi vero verbis aut mixtim conjunctus deficit*, ipſius portio non reliquis omnibus adcreſcit, ſed ei ſolummodo, qui in eadem propoſitione per copulam ET conjunctus deprehenditur, hic enim reliquis proximior eſt, v. Lauterbach. *Comp. jur. b. t.* Præ aliis autem hanc materiam perſpicue propoſuit Struv. *Jurispr. Rom. Germ. for. lib. 2. Tit. 23. aphor. 19.* add. Julius Pacius *in anal. Inſt. ad §. 8. J. de legat.* Scio equidem nonnullos hic ſcrupulos movere, dum re conjunctis non jus *accreſcendi*, ſed jus *non decreſcendi* tribuunt, & quæ ſunt ejusmodi ſubtilitates aliæ; ſed in verbis ſimus faciles, modo in re conveniamus. Dubiis etiam quæ adferri poſſent, contra hanc noſtram doctrinam, facile ex fundamentis adductis reſponderi poterit.

Quæritur autem ultimo loco: *Utrum ille, cui adcreſcit portio deficientis, huius etiam onus in ſe recipere,* (id eſt, an conditionem huic adſcriptam expectare, vel legatum ipſi impoſitum præſtare,) *teneatur?* Reſponſio ex regula ante adducta deſumitur. Si deficit verbis aut mixtim conjunctus, collegatarius onus ſine dubio agnoſcere tenetur, quia eſt in eadem pro-

propositione, secus autem inre conjuncto deficiente; *v. l. un. §. 11. C. de caduc. toll.*

LIB. XXXIII. TIT. VII.

De Instructo vel Instrumento legato.

DISTINCTIO I.

Inter Fundum *instructum* & *cum instrumento* legatum.

FUndus *cum instrumento* legatus nihil amplius involvit, quam ut Legatarius ea simul cum fundo consequatur, quæ fructuum quærendorum conservandorumque causa comparata sunt, *l. 8. & l. 12. ff. h. t.* Germanice posses vocare die Hoff-wehr / vel juxta stylum aliorum locorum die Besatzung. Fundus *instructus* autem plus comprehendit, nempe ea, quæ Paterfam. usus & ornamenti gratia ibi habuit, v. g. den Haußrath / die Mobilien / quo & vestes pertinent, & bibliotheca & id genus alia, non vero, quæ custodiæ saltem causa in fundo fuerunt, *v. d. l. 12. §. 27. 28. seqq. ff. eod.*

Illud quoque notabile est, quod particula; *cum*, nec non particula: *&*, maximam diversi-

versitatem involvat, si instrumento legato adjiciatur. Scilicet, si ita dixit Testator: *Fundum cum instrumento do lego*, instrumentum loco accessorii habetur & per consequens, si fundus interiit, illud non debetur. At si verba legati ita concepta: *Fundum & instrumentum do lego*, utrumque tanquam principale consideratur, & hinc licet unum interiisset, alterum tamen nihilominus adhuc debetur, *v. l. 5. ff. h. t.* ubi quidem Labeonis sententia ab opinione Pauli recedere videtur, Labeo tamen Pauli sententiam deinde haud obscure adprobat. Posset hinc decisio sumi, si quis ita dixisset: Er vermache Cajo sein Pferd nebst Sattel und Zaum, vel si hisce formalibus usus esset: Er vermache ihm das Pferd wie auch Sattel und Zaum.

LIB. XXXIV. TIT. I.
De Alimentis & Cibariis legatis.

DISTINCTIO I.

Inter Legatum *alimentorum* & *cibariorum*.

C*ibariis* (vel *diariis*) relictis neque habitationem, neque vestiarium, neque calciarium deberi palam est, quoniam de cibo

cibo tantum sensit testator. Ita pronunciat Ulpianus in *l. 21. ff. h. t.* (Pandectæ tamen Haloandrinæ pro *calciarium* recte legunt *calcearium*) sub nomine *alimentorum* vero hæc tria comprehenduntur: *cibaria*, *vestitus* & *habitatio*, quia sine his corpus ali non potest, prout hoc definit Javolenus *in l. 6. ff. h. t.* Unde legatum alimentorum pinguius est, quam *cibariorum*. Germanice Cibarium commode exprimeretur per vocem: die freye Kost / alimenta vero per vocabulum: die völlige Unterhaltung.

DISTINCTIO II.

Inter Alimenta *ex Lege* & *ex propria voluntate* præstanda.

PRiori casu, quando v. g. Pater ad alimenta liberis suppeditanda immediate ex Legis dispositione obligatur, sub vocabulo alimentorum etiam sumtus studiorum comprehenduntur, *arg. l. 6. §. 5. ff. de Carbon. Edict.* Gothofred. *ad l. 4. f. ubi pupill. educ. deb. posteriori* secus est, *l. 6. ff. de alim. vel cibar. legat.* ibique Gothofred. Colerus *de aliment. lib. 2. c. 1. n. 10.* Surdus *de aliment. tit. 4. qu. 6. num. 4.* medicamenta tamen, lectus & stramenta, pro ratione personæ etiam vectura, nec non ligna, nomine alimentorum ubique veniunt, conf. Brunnem. *ad l. 6. ff. h. t.*

LIB. XXXIV. TIT. II.

De Auro, argento, mundo, ornamentis, unguentis, veste vel vestimentis & statuis legatis.

Non opus esse existimo, ut pro ratione instituti mei singulas hasce species percurram, & quid sub iisdem comprehendatur, fuse explicem: illud enim facile patet, vestitum nostrum ab eo, qui quondam Romanis in usu erat, toto cœlo diversum esse & sic descriptionem ejusdem usum aliquem nobis præstare non posse. Species ad Geradam pertinentes recensent Hartm. Pistor. *lib. 1. qu. 32. post num. 10.* Goldbeck *de Gerada c. 2. n. 24.* Finckelth. *Obs. 81. num. 56.* Sed & hic ex evolutione patebit, nonnullas species apud nos non amplius in usu esse, quia Germanorum ornamenta & vestimenta tam sæpissime mutantur. Quod si ergo a temporibus præcedentibus ad præsentia Germanorum non valet argumentum, quanto minus ad Romanorum ævum recurri poterit.

LIB.

LIB. XXXV. TIT. I.

De Conditionibus & demonstrationibus & causis & modis eorum, quæ in testamento scribuntur.

DIST. I.

Inter Conditionem *expressam* & *tacitam*.

EXpressa vocatur, quæ alias ex natura rei non adest, sed de novo adjicitur, *v. g. si servum suum manumiserit: si navis ex Asia redierit*, &c. *Tacita* autem, quæ jam sine speciali adjectione ex natura ipsius negotii subintelligitur, v. g. in legato fructuum futurorum, *si aliquid in fundo natum fuerit.*

Usus in eo consistit, quod prior *suspendat obligationem* & sic legatarius ea pendente decedens ad heredes suos nihil transmittat, quia dies nondum cessit, *l. 5. §. 2. ff. quand. dies legat.* (aliud in contractibus, §. *4. J. de V. O.* de quibus tamen jam non est sermo.) Posterior *executionem* solum *suspendit*, unde licet legatarius ante messem, vindemiam, &c. moriatur, ejus tamen heredes nihilominus omne id, quod in vinea vel alio fundo natum fuerit, consequuntur, *l. 99. ff. de condit. & demonstrat.*

DISTINCTIO II.
Inter Conditionem *potestativam* & *casualem.*

IN *potestativa* eventus conditionis principaliter ab arbitrio ejus dependet, cui adscripta est, v. g. *si servum suum manumiserit*, *si Cajo centum dederit*, *&c. v. l. un. §. 7. C. de caduc. toll.* at in *casuali* ejusdem arbitrio nihil omnino est relictum, sed omnia a casu, ut Gentiles loquebantur, vel stylo Christiano, à directione & providentia divina proveniunt, v. g. *si navis ex Asia redierit*, &c.

Usus in duobus præcipue consistit. (1.) *Potestativa* quidem filio quoad bona ultra legitimam (Legitima enim ipsa nullum plane gravamen admittit) adscribi potest, non vero *casualis*, *l. 4. pr. ff. de hered. instit.* Hæc ergo si adscripta fuit, vitiatur, Brunnem. *ad l. 4. C. de instit. & substit. n. 6.* quod idem obtinet, si potestativa legitimæ adjecta fuerit, *l. 32. C. de inoff. testam.*

(2.) *Casualis* quandocunque impleatur, nihil interest, *potestativa* autem tantum post mortem testatoris est adimplenda, *l. 2. ff. de cond. & demonstr.* antea enim nondum constat de perseverante testatoris voluntate; & sic ante mortem impleta, adhuc semel est adimplenda. Exceptio est, nisi conditio non sit iterabilis, v. g. *si Cajam duxerit*, *l. 10. pr. ff. eod.*

DIST.

DISTINCTIO III.

Inter Conditionem *potestativam* & *mixtam*.

HAsce duas species ita à se invicem communiter distinguunt, quod in *potestativa* eventus conditionis ab ejus solius arbitrio dependeat, cui ejusmodi conditio adscripta fuit, *v. Dist. praced.* Sed vero in *mixta* cum tali arbitrio etiam casus fortuitus concurrat & ab hisce duobus dependeat ejusdem existentia, v. g. *si Meviam in uxorem duxerit*, ubi scilicet incertum est, utrum Mevia petitioni meæ locum sit concessura.

Hic ante omnia notandum est, quod adlata distinctio in Digestis non occurrat, sed potestativa & casualis ibi saltem sub nomine conditionum *promiscuarum* & *non promiscuarum* sibi invicem opponi soleant, *v. l. 11. ff. de cond. & demonstr.* Origo ejus itaque ex Codice repeti debet & quidem ex *l. un. §. 7. C. de caduc. toll.*

Verum enim vero si dicendum quod res est, nulla unquam datur conditio potestativa, quæ pure talis sit, & quæ non aliquid admixtum habeat, quod à casu & eventu incerto dependet. Nam & in illa conditione: *Si Titio decem dederit*, Titii voluntas libera concurrit, cum forsan recusare Titius pecuniam, vel jam mortuus esse possit eo tempore, quo pecunia

ipsi est offerenda, conf. omnino *l. 4. §. 1. ff. de hered. instit.* Idem de reliquis communiter adferri solitis statuendum, v. g. *si Titius Alexandriam pervenerit, heres esto,* item *si Capitolium adscenderit.* &c. quod fuse persequitur Illustr. Thomasius *Dissert. Lips. de Filia, sub cond. si se fil. probav. instit. Cap. 2. §. 18. 19. 20.*

Ex quo consequitur, quod conditio potestativa & mixta, *quatenus ab initio considerantur & in spe adhuc existunt*, revera ab invicem non sint distinctæ, & sic quoque præsens distinctio usum aliquem præstare non possit. Prædicata siquidem conditionis potestativæ ad mixtam quoque quadrant tam affirmative, quam negative. Differentia tamen theoretica admitti potest *respectu existentiæ* utriusque conditionis. Vel enim *casus* (sub quo etiam factum alterius comprehenditur) *impediit eum*, qui conditionem ejusmodi adimplere voluit, vel *non impediit. Priori* casu *mixta* vocari posset, quæ à *casuali* in eo est distincta, quia in mixta casus evenit ex accidenti, in casuali autem ab initio statim necessario comprehensus fuit. *Posterior* autem propter deficientiam casus simpliciter *potestativa* appellabitur. Sed ut dixi, hæc theoretica saltem sunt & *ratione facultatis disponendi* differentiam aliquam nullatenus inducunt, unde eadem in hunc solummodo finem, ut Tribonianum, Autorem præsentis distinctionis, quadantenus excusaret, addu-

adducta sunt ab alleg. Dn. Thomasio *d. c. 2. §. 22.*

Scio quidem nonnullos distinctionis usum circa quæstionem de impedimento adimplendæ conditionis, an scilicet illa *ex facto hominis*, an *à casu* proveniat, ostendere voluisse, ad conciliandos textus, qui in ff. sibi e diametro in hac materia obstare videntur; sed cum Pandectæ mixtam conditionem ignorent, non video, quomodo hoc congrue fieri queat. Ipsam veterum JCtorum dissensionem hac parte in ff. occurrentem examinavit & ostendit cit. Dn. Thomasius *d. c. 2. §. 25. seqq.*

DISTINCTIO IV.

Inter Conditionem *possibilem* & *impossibilem.*

PRior & testamentis & contractibus adjecta actum suspendit, ita tamen, ut in contractibus perinde sit, sive vivo contrahente, sive eô mortuo existat, nam effectus pactorum ad heredes indistincte pertinet, *v. §. 4. J. de V. O.* testamentis vero adjecta vivo eo, cui adscripta fuit, existat, necessum est, alias enim quia dies nec cessit, nec venit, ad heredes nihil transmittitur, *v. Dist. I. b. t.*

Posterior contractibus iterum valide adjicitur eosque vitiat juxta vulgatum Logicorum canonem, quod conditio impossibilis vim negandi habeat, v. *§. 10. J. de inut. stipul.* at in ul-

timis voluntatibus contrarium obtinet. Has enim non vitiat, sed ipsa potius vitiatur, id est, pro non adjecta habetur, *§. 10. J. de hered. instit.* Ratio differentiæ est, quia in contractibus alter, cui promittitur, præsens est, qui sibi per protestationem prospicere potuisset, quod dum non fecit, jocatus esse censetur non minus ac promittens. At in ultimis voluntatibus nec heres, nec Legatarius, nec fideicommissarius præsens cum testatore paciscitur, & hinc sibi per pactum & protestationem prospicere non valet. De testatore autem, quod jocatus fuerit, non præsumitur, præsumtione juris & de jure, id est, testator non debet jocari. Scilicet, in contractibus jocus quidem permittitur, non autem in ultimis voluntatibus, quæ seriæ esse jubentur a legibus.

DISTINCTIO V.

Inter Conditionem *impossibilem* & *turpem*.

SI *affirmative* adjiciuntur hæ conditiones, tunc in effectu inter utramque non est differentia, utraque enim in contractibus excludit consensum, prout modo ad *dist. prec.* de conditione impossibili in genere dictum fuit; e contrario etiam utraque in testamentis pro non adjecta habetur & sic vitiatur. Unde turpis conditio sub appellatione impossibilis communiter venire, & hæc in eam, quæ *facto*,

& quæ

& quæ *jure* talis eſt, diſpeſci ſolet. Priorem non *poſſumus*, poſteriorem non *debemus* implere. *v. l. 14. & 15. ff. de condit. inſtit.* in qua ultima Papinianus dicit: *quod quæ facta lædunt pietatem, exiſtimationem, verecundiam noſtram, & (ut generaliter dixerim) contra bonos mores fiunt: nec facere nos poſſe credendum eſt.*

Quod ſi vero *negative* exprimuntur dictæ conditiones, in materia contractuum adhuc ſupereſt uſus aliquis. Quid enim ſi centum promiſerim ſub hac conditione: *ſi Cajum non occiderit, ſi furtum non fecerit, &c.* atque alter promisſionem meam ſub eadem conditione acceptaverit? Nihil conſequetur, *arg. l. 61. ff. de V. O. l. 7. §. 3. ff. de pact.* gratis enim debebat hoc alter intermittere, neutiquam vero propterea lucrum aliquod acceptare, unde ſi quid ex tali promisſione ſolutum tanquam indebitum iterum repeti poteſt, *l. 4. §. 2. ff. de condict. ob turp. cauſ.*

Dico in materia *contractuum.* Nam in *teſtamentis* nunquam vitiatur heredis inſtitutio, ſive turpis conditio affirmativa, ſive negativa fuerit. Ratio, quia heres vel Legatarius præſens non eſt, nec promisſionem teſtatoris acceptat, & ſic ex ejus acceptatione, quæ non facta eſt, turpitudo aliqua deduci nequit.

Hæc de conditione *turpi.* Quod vero *impoſſibilem natura* attinet, ea ſi *negative* ſit concepta, ſive contractibus, ſive teſtamentis adjiciatur, nunquam vitiat negotium, ſed ubique

 detra-

detrahitur §. *11. J. de inutil. stipul.* secus, si *affirmative*, de quo ad *dist. praeced.* paulo ante egimus.

DISTINCTIO VI.

Inter Conditionem *impossibilem* & *difficilem*.

PRior vocatur, quæ toti humano generi in universum considerato omnibusque & singulis ejusdem individuis impossibilis est; *posterior*, quæ a certis saltem individuis præstari nequit, *v. g. si Titius eo momento, quo me ipsum heredem instituisse comperit, Cajo mille thaleros exsolverit.*

Quid circa *priorem* juris sit, hactenus aliquoties dictum fuit. *Posterior* autem, non solum in contractibus, sed in ipsis etiam ultimis voluntatibus adimplenda est, si quis effectu dispositionis testatoris perfrui desideret, *l. 4. §. 1. ff. de stat. liber.* ita Paulus. Sed Ulpianus in omnia alia abit in *l. 6. ff. de condit. instit. Si quis ita institutus sit*, inquit, *si monumentum post mortem testatoris in triduo proximo mortis ejus fecisset; cum monumentum in triduo perfici non possit, dicendum erit, conditionem evanescere, quasi impossibilem.* Quid ergo faciemus cum Paulo & Ulpiano? Paulum de stricto jure, Ulpianum autem de æquitate intelligendum esse putat Dn. Thomasius *cit. Disp. de filio, sub cond. si se fil. prob. inst. c. 2. §. 14.* Alii *d. l. 6.* de eo casu

casu intelligunt, si testator credidit, conditionem esse impossibilem, id est, monumentum intra præfixum triduum ob concurrentes circumstantias, ab herede perfici non posse, *l. 4. §. 1. ff. de stat. lib.* autem de eo, si testator adscriptam conditionem facile impleri posse existimaverit, v. Zœsius *ad tit. ff. de cond. instit. num. 3.* conf. B. Stryk *in not. ad Lauterb. d. tit. verb. per accidens.* Sane, si tales interpretationes admittere nolis, vix est, quin antinomiam statuere cogaris. Sit cuilibet salvum judicium suum.

DISTINCTIO VII.

Inter conditionem *faciendi* & *non faciendi*.

Conditio *faciendi*, v. g. *si Titius Cajo ædificium exstruxerit, heres esto*, Legatum tamdiu suspendit, donec Titius factum injunctum revera præstiterit, prout hoc ex natura conditionum possibilium jam patet; ast conditio *non faciendi* (quæ etiam *contraria* vocatur) non suspendit, sed Legatum, vel hereditas hoc modo relicta: *si Dresdam non iverit*, statim debetur, modo tamen persona honorata cautionem Mutianam præstet, se rem acceptam iterum restituturam esse, si conditioni adscriptæ contravenerit, *l. 7. l. 18. s. l. 73. ff. de cond. & demonstr.*

Supponitur autem, talem esse conditionem

nem non faciendi, quæ ante personæ honoratæ mortem existere non possit, qualis erat, quam modo adduxi; Nam si ita dixerit testator: Titius heres esto, *si ab Uxore sua non diverterit*, expectandus est eventus, quia quamprimum moritur uxor Titii, statim certum est, conditionem existere amplius non posse, unde tunc Cautioni Mutianæ locus non est, *l. 101. §. 3. ff. d. t.*

DISTINCTIO IIX.

Inter conditionem *claram* & *perplexam*.

CLara interdum suspendit & evertit ultimam voluntatem, interdum non, prout juxta hactenus adlata vel possibilis est, vel impossibilis: sed *perplexa* dispositionem semper vitiat. Unde si testator ita scripsit: *si Titius heres erit, Sejus heres esto: si Sejus heres erit, Titius heres esto*, Julianus inutilem esse institutionem scribit, cum conditio existere non possit, referente Marciano in *l. 18. ff. de cond. instit.* Equidem Illustr. Thomasius jamdum ostendit in der Ausübung der Vernunfft-Lehre *cap. 3. §. 71.* quod juxta principia genuina interpretandi adducta verba institutionis ad perplexa non pertineant, sed hunc potius sensum ex præsumta Testatoris voluntate habeant, quod uterque & Titius & Sejus heres esse debeat;

verum

verum in praxi sine dubio adhuc juxta subtilitatem Romanam pronunciabitur.

DISTINCTIO IX.

Inter *Conditionem* & *diem*.

Differunt hæc duo ratione quæstionis: *an?* scilicet *in Conditione* plane incertum est, *an extiturum sit illud*, quod promissioni adjectum, v. g. an navis ex Asia sit reditura, an Titius Cajam ducturus, an servum suum sit manumissurus, & quæ sunt ejusmodi plura alia. At vero *in die* hæc quæstio certa est.

Usus in transmissione Legatorum & hereditatum sese exerit. Scilicet si Legatarius pendente conditione moritur, nihil ad heredes transmittit quia dies nondum cessit, *v. Dist. I. & IV. h. t.* at si ante adventum diei moritur, tunc interdum transmittit, interdum non, prout hoc ex sequenti diei subdivisione melius patebit.

DISTINCTIO X.

Inter diem *certum* & *incertum*.

Hic ulterius differentia intuitu quæstionis: *quando?* deprehenditur. Si enim hæc certa est, v. g. si dicam, *Titio do lego centum, elapso primo post mortem meam anno*, tunc *dies* quoque *certus* vocatur; sin vero illa certitudi-

nem

nem non habet, v. g. *Titio do lego centum, cum Sempronius morietur*, tunc exinde *dies incertus* nominari consvevit.

Usus hic est. Quotiescunque dies certus ultimis voluntatibus adjicitur, tunc nondum quidem venit dies, sed cessit tamen, & ergo licet persona honorata ante diei adventum moriatur, jus suum nihilominus ad heredes transmittit, *l. 213. ff. de V. S.* quia defunctus *certo scivit*, se Legatum vel hereditatem aliquando esse consecuturum. At si dies incertus adest, nec cedit, nec venit dies, ante diei adventum. Unde si in exemplo adducto Titius, tanquam Legatarius, ante Sempronium diem obiret supremum, ejus heredes postmodum mortuo etiam Sempronio nihil consequi possent, Titius enim, quamdiu vixit, *nondum certo scivit*, an superviveret Sempronium, an non, *v. l. 4. pr. ff. quand. dies legat.*

Nomen *diei incerti* quidem & tunc interdum in Legibus usurpatur, quando utraque quæstio : *an* & *quando* incerta est, v. g. *cum magistratum inierit &c. v. l. 21. ff. d. t.* item, quando quæstio *quando*? certa est, non autem quæstio præjudicialis : *an? d. l. 21.* Verum hic vocabulum diei incerti aliquanto abusive accipitur, revera enim hic conditio subest, quod ipsi agnoscunt DD. v. Gail. *2. Obs. 132. num. 1.* Carpzov. *P. 3. C. 13. Def. 25.* Struv. *Jurispr. Rom. Germ. lib. 2. Tit. 24. aphor. 24.* Ergo hic idem

idem applicandum, quod de conditionibus paulo ante dictum fuit.

DISTINCTIO XI.

Inter *Conditionem* & *Modum*.

Conditionem suspendere effectum promissionis, sive inter vivos illa facta fuerit, sive in ultimis voluntatibus, jam aliquoties diximus. At in *modo* adjecto secus est. Sive enim ille sit *affirmativus*, e. g. *do lego centum, ut Cajam ducat*; sive *negativus, ne Cajam ducat*, res promissa statim peti potest, modo de adimpletione idonea cautio præstetur; *v. l. 40. §. f. ff. h. t.* (quæ tamen cum cautione *Mutiana* confundi non debet, de qua sub *Dist. VII. h. t.* diximus,) Quod si tamen modus præscriptus non adimpleatur, res sub spe futuri implementi data sine dubio iterum repetitur per Condictionem causa data causa non secuta.

Sed hic iterum non leve discrimen deprehenditur. Quod si enim res sub conditione promissa pendente illa conditione tradita fuerit, deficiente postea conditione vindicari iterum potest, quæ vindicatio adversus quemcunque possessorem recte instituitur, conf. *l. 8. pr. de peric. & comm. rei vend.* Verum per traditionem sub spe adimplendi modi factam dominium revera transfertur & sic danti nihil præter dictam condictionem remanet, quæ tanquam actio personalis non adversus tertium

um possessorem, sed adversus solum accipientem institui potest, prout ad *tit. ff. de condict. caus. dat. caus. non secut.* à DD. exponi solet, v. Struv. *Exerc. 18. th. 17.*

DISTINCTIO XII.

Inter *Causam* & *Demonstrationem*.

HÆc duo theoretice quidem differunt, non autem quoad effectum. Discrimen theoreticum in hoc consistit: *demonstratio* pertinet ad circumstantias externas, quæ eapropter exprimi solent, ut vel persona Legatarii, vel res promissa eo melius ab aliis separari possit, v. g. *Titio, hujus urbis consuli, do lego centum*, (hic demonstratio adjecta est personæ Legatarii,) aut: *Titio do lego ædes meas, quas Cajus mihi nuper donavit*, (hic adjecta est rei legatæ.)

Causa autem denotat causam impulsivam, quæ movit promittentem ad hereditatem relinquendam, vel legatum constituendum, v. g. *Titio do lego centum, quia mea negotia expedivit.*

In effectu & causa & demonstratio idem prædicatum habent. Falsa causa non vitiat Legatum, nec falsa demonstratio, *l. 17. §. 2. ff. h. t.* Ratio legandi legato non cohæret, inquit Papinianus in *l. 72. §. 6. ff. eod.* id est, Legata non requirunt præexistentem causam & sic de qualitate hujus, an vera sit, an falsa, disputare superfluum foret. Demonstrationes quo-

quoque non impulerunt testatorem ad relinquendum Legatum, sed sunt merum accidens, quod adesse vel abesse potest salvo nihilominus Legato.

Hæc *in dubio* ita sese habent. Quod si enim heredes liquido probare possent, Testatorem legatum nunquam constituisse, si falsitatem causæ adjectæ scivisset, tunc sine dubio falsa causa legato oberit, *d. l. 72. §. 6. h. t.* aut si causa per modum conditionis concepta, v. g. *Titio do lego centum, si, ut fertur, negotia mea gessit, l. 17. §. 3. ff. h. t.* Sic etiam falsa demonstratio nocet, si *a loco* sit desumta, *l. 108. §. 10. ff. de legat. 1. l. 8. §. 2. ff. de legat. 2.*

LIB. XXXV. TIT. II.
Ad Legem Falcidiam.

LIB. XXXVI. TIT. I.
Ad SCtum Trebellianum.

DISTINCTIO I.
Inter Quartam *Falcidiam* & *Trebellianicam*.

THeoretice ita differunt. Quarta *Falcidia* deducitur ab herede in Legatis & fideicommissis particularibus, utpote quæ Legatis & hac parte sunt exæquata,

v. pr. J. de Leg. Falcid. *Trebellianica* autem in fideicommissis universalibus, *l. 1. §. 5. ff. ad SC. Trebell.*

Usus autem in eo consistit: In Quartam *Falcidiam* ea solummodo imputantur, quæ quis titulo heredis a defuncto testatore accepit, non autem quæ Legatorum nomine habet, aut quæ per donationem mortis causa accepit, *l. 74. l. 91. ff. ad L. Falcid.* Sed e contrario etiam onera hereditaria solus ferre cogitur, quia Legatarii tale quid non agnoscunt, legatum enim sine onere est. In Quartam *Trebellianicam* omnia imputantur, sive titulo hereditario, sive legati, sive donationis m. ca sive quocunque alio penes heredem deprehendantur *d. l. 91. ad L. Falcid.* ipse vero onera hereditaria non solus in se recipit, sed pro rata portione in fideicommissarium transfert, *§. 7. J. de fideic. heredit.*

Quamvis vero in LL. non raro vocabulum Quartæ Falcidiæ de Trebellianica prædicetur, *v. l. 86. ff. ad L. Falcid.* aliosque textus à Lauterbachio *ad tit. ad SC. Trebell.* adductos; tunc tamen illud vocabulum paulo abusive capitur, qui significatus ad nos in præsenti non pertinet, sed strictus potius, juxta quem utraque Quarta sibi communiter in LL. opponitur.

Ceterum, ex quibus causis cessat Falcidiæ detractio, ex illis quoque Trebellianicæ, v. g. ob prohibitionem testatoris, omissionem inventarii, favorem piæ causæ, &c. In specie tamen

tamen cessat Trebellianica, si fiduciarius coactus hereditatem adiit, *l. 63. §. 11. ff. ad SC. Trebell.* Fiduciarius enim, quia & ipse fideicommissarius titulo heredis gaudet, ad adeundam hereditatem cogi potest, aut si fiduciarius adire recusat, fideicommissarius adit: ast Legatarii ita heredem cogere & ipsi adire hereditatem non possunt, quia titulum heredis non habent.

LIB. XXXVI. TIT. II.

Quando Dies Legatorum, vel Fideicommissorum cedat.

DISTINCTIO I.

Inter *Cedere* & *venire* diem.

C*Edere* tunc dicitur dies, quando Legatarius vel Fideicommissarius *certo scit*, se Legatum vel fideicommissum *aliquando esse consecuturum*: *Venire* autem, quando non solum de hoc certus est, sed simul etiam *in præsenti* rem illam legatam *petere valet*.

Ex quo statim profluit, quod legatarius, si ante mortem ejus dies legati cessit, illud ad heredes transmittat, quamvis dies ipso vivente nondum venerit & sic possessionem rei legatæ non habuerit, ad hoc enim in præsenti materia non respicitur, *v. l. 5. pr. ff. h. t.*

Sed à quonam tempore *cedit* & à quonam *venit* dies Legati? Resp. In Legato *puro* & cedit & venit dies statim à tempore mortis, *l. 5. §. 1. ff. h. t.* nisi sit personale, v. g. Ususfructus, de quo suo loco diximus. In Legato *conditionali* nec cedit nec venit dies pendente conditione, sed tantum spes est fore, ut aliquando hoc fiat, *l. 41. ff. de cond. & l. 5. §. 2. h. t.* quamprimum autem existit conditio, dies simul & cedit & venit. In Legato *in diem certum*, v. g. elapso anno primo post mortem meam, dies statim quidem cessit, sed nondum venit. *l. 1. §. 2. ff. de cond. & demonstr. l. 5. §. 1. ff. h. t.* In Legato *in diem incertum*, v. g. Titio do lego, cum Cajus morietur, idem juris, quod in conditione, *d. l. 1. §. 2. ff. de cond. & demonstr.* id est, nec cedit, nec venit dies, nisi postquam Cajus mortuus est, add. *l. 213. ff. de V. S.* ubi hæc omnia in compendio exhibentur. Notandum tamen adhuc, quod dies incertus tunc dicatur, *si ille personæ tertii adjectus est*, ut in adducto exemplo factum; Quod si enim *persona ipsius testatoris* sit adjectus, v. g. cum moriar, centum do lego, tunc legatum purum est & dies statim cedit & venit a tempore mortis testatoris, v. *l. 18. §. 1. ff. de manum. testam.*

LIB.

LIB. XXXVII. TIT. I.

De Bonorum Possessione.

DISTINCTIO I.

Inter *Hereditatem* & *Bonorum possessionem.*

DIfferunt hæc duo præcipue *ratione causa efficientis*, hereditas enim *ex jure civili* provenit, bonorum possessio autem *à Pratore* demum est introducta, emendandi utplurimum juris civilis gratia; prout in *pr. J. de bon. possess.* dicitur. Prætor enim id semper agebat, ut ubi jus civile vetus plerumque ob subtilitatem suam deficere videbat, ipse hunc defectum suppleret, vel ipsum quoque jus corrigebat atque abrogabat, non tamen aperte, sed tecte, quia potestate Legislatoria non pollebat. Idem in præsenti deprehenditur. Bonorum enim possessio reverà nihil aliud est, quam hereditas Prætoria, sed quoniam hereditates ex jure civili proprie sic dicto proveniebant, Prætor ab illo vocabulo abstinebat, vocem bonorum possessionis in ejus locum substituens.

Posses & hoc addere, quod differentia aliqua *intuitu modi acquirendi* adsit. Hereditas scilicet solo animo aditur, verbis vel factis declarato, idque sive in judicio fiat, sive extra il-

 lud,

lud, perinde est: ast bonorum possessio voluntatis declarationem judicialem requirit, *l. 9. C. qui admitt. ad bon. possess. poss.*

Hereditatis aditio non potest per Procuratorem fieri, quia eo ipso, dum Procuratori demandatur aditio, eadem jam est facta & Procuratori aliquid ulterius expediendum non est relictum, *l. 26. ff. de acquir. vel omitt. hered.* Ast bonorum possessionis acceptatio per Procuratorem recte expeditur, *l. 3. §. 7. ff. h. t.* quamvis enim ego hic mandaverim, ut Procurator meo nomine acceptet, eo ipso tamen integrum negotium nondum est absolutum, sed quod ego extra judicium mandavi, Procurator deinde in judicio ulterius perficere tenetur.

Hereditatem, si Creditores non urgeant, adhuc intra 30. annos adire licet, tamdiu enim durat hereditatis petitio: at bonorum possessio est agnoscenda a parentibus & liberis intra annum, a reliquis vero intra centum dies, *§. 4. in fin. J. h. t.*

Ceterum ratione effectus, ut DD. fatentur, nihil inter utramque hereditatis speciem interest, unde Paulus alias admodum subtilis fateri cogitur in *L. 138. ff. de V. S.* quod hereditatis appellatione bonorum quoque possessio contineatur. Et quemadmodum hereditas describitur in *l. 24. ff. de V. S.* quod sit *successio in universum jus, quod defunctus habuit*; ita quoque bonorum possessionis descriptio hæc

est

est in *l. 3. §. 2. ff. h. t.* quod sit *jus persequendi, retinendique patrimonii, quod cujusque cum moritur fuit*, ubi quidem vocabula alia atque alia deprehenduntur, sensus tamen ubique idem est.

Et cum præterea hodie liberi emancipati, in quorum gratiam Prætor principaliter bonorum possessionem introducebat, una cum suis per *Nov. 118.* ratione successionis exæquati sint & sic auxilio Prætoris non amplius indigeant; hinc exiguus quoque hodie præsentis nostræ distinctionis usus erit. Pauci excipiuntur casus, ubi adhucdum bonorum possessione opus est, quamvis nomen non adhibeamus, scilicet (1.) quando posthumus decedit iterum vivo adhuc testatore, cujus testamentum per hunc posthumum ruptum erat. (2.) quando testator, qui capitis diminutionem passus & sic testamentum irritum factum erat, in integrum restituitur: (3.) quando præteritus non impugnat testamentum: (4.) quando heres sub conditione institutus ea pendente possessione hereditatis perfrui velit: (5.) quando liberi repudiata paterna hereditate avitam solam adire volunt: (6.) quando conjux superstes deficientibus defuncti conjugis cognatis ad integram hereditatem adspirat, de quibus casibus suse agit Strüv. *S. I. C. Exerc. 38. thes. 42.* quo nos brevitatis causa remittimus.

DISTINCTIO II.

Inter Bonorum possessionem *Edictalem* & *Decretalem*.

DEcretalis est, quæ non conceditur absque causæ cognitione aliquali & interposito postmodum decreto, vi cujus bonorum possessio petenti obvenit. Huc pertinet *Carboniana* bonorum possessio, de qua sub *tit. ff. de Carbon. Edict.* nec non ea, quæ *ventris nomine* dicitur, de qua est *tit. ff. de ventr. in possess. mitt.*

Edictalis vocatur, quæ absque ulla causæ cognitione de plano petitur atque conceditur. Quemcunque enim effectum *Lex civilis* habebat *intuitu suorum*: ille quoque *emancipatis*, &c. obveniebat ex *Edicto Prætoris*, hæc duo enim, Lex & Edictum, nudo nomine differebant, non re, Prætor enim quamvis videri nolebat, quod Leges condat, unde nomine Edicti utebatur, hisce tamen Edictis suis eandem vim tribuebat, quæ unquam alias ex Legibus profluere poterat, conf. *§. 7. J. de I. N. G. & C.* Ergo, quemadmodum sui & reliqui agnati non opus habent decreto judiciali juxta Legis civilis veteris dispositionem: ita nec emancipati & cognati ex dispositione Edicti Prætorii.

Tribuit quoque hæc *Edictalis effectum perpetuum* non minus, ut ea successio, quæ ex Lege civili defertur. *Decretalis* e contrario effectum saltem *temporarium* habet. Filius enim

nim impubes, cui post mortem Patris quæstio status circa successionem movetur, v. g. quod sit suppositititius, adulterinus, &c. quamvis huic bonorum possessio ex Carboniano Edicto deferatur, non tamen propterea certus est, quod ea possessione certo & semper sit fruiturus, quia omnia dependent ab eventu futuri Processus super quæstione status, qui usque ad adeptam pubertatem differtur, v. omnino *l. 3. §. 5. ff. de Carbon. Edict.* Ita quoque quamvis venter bonorum possessionem ex Decreto Prætoris consequatur, non tamen propterea semper eandem retinet, sed videndum est, an partus vivus nascatur, necne, item quoad bona feudalia, an masculus nascatur, an filia, &c.

DISTINCTIO III.

Inter bon. poss. Edictalem *ordinariam* & *extraordinariam*.

De *ordinaria* hactenus, quæ ex *certa Edicti parte*, *certis personis* & *certo etiam ordine* conceditur, v. g. primo liberis emancipatis, deinde ipsorum parentibus, denique reliquis cognatis.

Extraordinariam vocant, quæ *ex novis LL.* originem suam habet & *nec certis personis*, *nec certo ordine*, sed prout æquitas hoc suadet, defertur. Egregium exemplum in *l. 4. §. f. junct. l. 5. ff. de bon. poss. contr. tabb.* deprehenditur, ubi casus talis est: Condit aliquis testamen-

tum & præterito eo, qui in utero adhuc erat, filium emancipatum heredem instituit, hic autem antequam constat, an nasciturus sit ille præteritus, decedit, hereditate nondum adita vel bon. possessione nondum petita, quippe quam interim petere non poterat. Quæritur, annon heredes illius filii emancipati adhuc ad bonorum possessionem sint admittendi? & affirmatur hæc quæstio. Referri huc à quibusdam solet successio, quæ per statutum alicui adsignatur, v. g. quod maritus in Saxonia res mobiles uxoris defunctæ capit, v. Fr. de Barry *de success. test. & intest. lib. 11. tit. 6. n. 3.* & alii apud Struv. *Exerc. 37. thes. 82.* sed rectius B. Stryk. existimat *in not. ad Lauterb. tit. de bon. possess. voc. exempla*, hanc successionem magis civilem esse & videtur sententia Francisci de Barry aliorumque adhuc ex erroneo illo veterum supposito profluxisse, ac si nostri Duces & reliqui Status cum Magistratibus Romanis optimo jure conferri possint.

Interim quoad effectum inter ordinariam & extraordinariam b. poss. nihil interest.

DISTINCTIO IV.

Inter b. possessionem *cum re* & *sine re.*

PLacet hanc distinctionem verbis Struvii *Exerc. 27. th. 11.* explicare. Bonorum possessio *cum re* est, qua ipsum jus hereditarium

Præ-

Prætorium ita quis acquirit, ut fine ulla suspensione aut obstaculo illo perfrui possit. Bonorum autem possessio *sine re* vocatur, quando quidem alicui jus hereditarium & titulus heredis tribuitur, sed propter incertum concurrentem eventum in suspenso est, an possit illo revera uti, necne. Si eventus optatis respondeat, erit tunc bonorum possessio cum re, sin vero propter insequentem casum non possit frui, erit sine re. Ita Struvius satis clare, quamvis pleraque exempla, ad quæ provocat, paulo obscuriora esse videantur. Addi merentur verba B. Strykii *in not. ad Lauterb. tit. de bon. possess. verb. sine effectu*, ubi ita: Bonorum possessio *sine re* fit *salvo jure alterius potius jus prætendentis* & hinc effectus suspenditur & eo fine tantum fit, ne mihi præjudicasse videar. Optimum exemplum esse videtur, quod & Struvius *d. l.* & Lauterbach *ad tit. de bon. possess. in fin.* ex *l. 2. C. de inoff. testam.* adducunt, ubi filius de inofficioso testamento acturus statim ab initio bonorum possessionem impetraverat, attamen sine re, *incivile enim esse* dicunt Impp. Severus & Antonius, *scriptis heredibus auferri possessionem.* Ergo bonorum possessio sine re tribuit jus possidendi in eventum processus moti, non autem præsentaneam & actualem possessionem.

Quicquid vero hujus sit, ego, si ad usum respicio, eo fere adducor, ut cum Fr. de Barry *de success. test. & intest. lib. 18. tit. 2. num. 5.* talem

lem bonorum possessionem sine re in judiciis nostris non observari statuam.

Lib. XXXVII. Tit. VI.
De Collatione.

DIST. I.
Inter Collationem *realem* & *cautionalem*.

R*ealis* fit ex præsenti, ut scilicet omnia statim singulorum heredum intuitu ad æqualitatem redigantur. *Cautionalis* autem tunc solummodo locum habet, *quotiescunque adhuc dubium est, an & quantum ab uno alterove ex coheredibus conferendum sit*, v.g. quandò coheredes prætendunt, Cajum vivo Patre aliquot centum ab eodem percepisse, Cajus autem hoc negat, & sic prævia Liquidatione, quæ nunc in præsenti statim expediri nequit, opus est, v. *l. 1. §. 11. ff. h. t.*

DISTINCTIO II.
Inter Collationem realem *veram* & *quasi*.

V*Era* est, quando actu confertur res ipsa accepta, *quasi* autem, quando tanto minus ex hereditate capitur, *v. l. 1. §. 12. ff. h. t.*

Prior

Prior toties requiritur, *quoties species aliqua conferenda*, quæ affectionem recipit & sic a quolibet ex coheredibus desideratur, unde forte decertare volunt, cuinam illa sit obventura. *Posterior* autem sufficit, *si quantitatis collatio exigitur*, quæ peculiarem affectionem non recipit & propterea heredibus nihil interest, an ipsa illa quantitas iterum adferatur, an vero coheres, qui eam accepit, tanto minus in rebus aliis ejusdem generis capiat, vid. *Doctrin. ff. h. t.* §. *X*.

Lib. XXXIX. Tit. I.

De Operis novi nunciatione.

DISTINCTIO I.

Inter nunciationem *publicam* & *privatam*.

Publica (hodie maxime frequens, quia privatam parum curant nunciati,) fit publice coram Magistratu, qui novi operis continuationem per nuncium, vel per literas interdicit, *privata* autem privata autoritate expeditur, ad quam eo melius probandam testes, (vel Notarius etiam simul cum illis) adhiberi solent.

Usum in eo ponunt, quod per *publicam* alteri

alteri dominium in fundo illo, in quo novum opus molitur, non concedamus, *l. 5. §. 10. ff. h. t.* quod tamen interdum per privatam fit, juxta distinctionem mox sequentem.

DISTINCT. II.

Inter Nunciationem privatam *realem & verbalem.*

VErbalis sequentes formulas suppeditat Petrus Friderus, Mindanus, *d. Mandat. lib. 2. cap. 30. num. 11. Nuncio, denuncio, prohibeo, interdico, præmoneo, deprecor, ne quid novi operis faciatis, rogo, ut abstineatis, nihil molliamini*, &c. Ich will dafür gebethen haben / ich bitte euch des Wercks zu enthalten / davon abzustehen / ich will euch gewarnet / gewarschauet haben / &c. & si *Operariis* nunciatur, hanc adducit Brunnem. *ad l. 5. ff. h. t. n. 2.* Wo sie ehrliche Meister wären / solten Sie inne halten biß zur Richterlichen Entscheidung. Sed quæritur: *numne etiam per modum protestationis fieri possit?* Negat quæstionem idem Friderus & hac protestatione non obstante ædificantem pergere posse asserit, suo tamen periculo, ut scilicet, quando protestans jus ei non fuisse ædificandi docuerit, omne opus demoliri iterum cogatur.

Hanc suam assertionem ut ex Legibus stabiliret, *ad L. 5. §. 7. ff. h. t.* provocat, ubi Ulpianus; *Si quis*, inquit, *ipsi Prætori velit opus novum* nun-

nunciare; *debet*, *ut interim testetur*, *non posse se nunciare*: *& si nunciavit postea*, *& quod retro adificatum erit*, *destruendum erit*, *quasi repetito die nuntiatione facta*. Ego hic ne minimum quidem deprehendo, quod pro stabilienda hypothesi Frideri adduci queat. Ulpianus de casu plane singulari loquitur, si quis *ipsi Pratori* velit opus novum nuntiare, prout etiam observavit Gothofredus *ad d. l.* hic dicit Ulpianus nuntiationem locum non habere, quia Prætores & omnes Magistratus majores durante officio in jus vocari non poterant, nuntiatio autem, licet in se sit extrajudicialis, ad judicia tamen tendit, Gothofr. *cit. loc.* Ergo, ne interea præjudicium mihi inferatur, Ulpianus consilium suppeditat, ut scilicet per protestationem jus meum mihi conservem. Ex quo juxta mentem Frideri jam ita inferendum esset: *Si is*, *qui durante officio ipsi Pratori non potuit novum opus nuntiare*, *per protestationem sibi debet prospicere*, ergo sequitur exinde, *quod novi operis nuntiatio a nemine per modum protestationis fieri possit*. Peto probationem consequentiæ.

Realem per manum, id est, lapilli ictum (sive jactum) fieri, asserit idem Ulpianus in *cit. l. 5. §. 10. ff. h. t.* sed quid hoc est, *lapilli jactus?* Friderus *loc. cit. n. 12.* ita explicat: *Per jactum lapilli sive per manum nunciatio fit*, *quando Pars per se*, *vel alium ad hoc legitimatum*, *coram Notario & testibus ad minimum duobus*, *novum opus ad-*

dita

dita simul causa, puta dominii, servitutis, vel damni fieri prohibet, inque ejus rei solenne testimonium lapillum unum, vel si placet & alterum ex ipso opere vel aliunde assumptum, in locum vel opus controversum projicit, cum testium appellatione, & Notarii requisitione, ut super facta solenni nuntiatione jactuque lapilli instrumentum unum, aut plura, in eorum, quæ facta sunt, fidem atque memoriam conficiat.

Ita Friderus. Mihi tamen magis placet opinio B. Brunnemanni in *Comm. ad d. l. 5. ff. h. t. num. 10.* qui jactum lapilli *de materia ad ædificandum parata disjectione* intelligit, quæ sententia priori ex ea causa præferenda esse videtur, quoniam nunciatio quæcunque ita comparata esse debet, ut nunciatus ex meo facto clare colligere possit, quidnam per illud factum intenderim. At vero, si unus alterve lapillus absente nuntiato in locum vel opus controversum projicitur & nuntiatus deinde hunc lapillum invenit, an exinde clare colligere valet, in quem finem hæc projectio facta, aut annon potest credere, lapillum eum forte fortuito in illum locum projectum esse? At vero, si materia ad ædificandum parata disjicitur, nunciatus superveniens sat liquido finem hujus disjectionis colligere poterit.

Quoad effectum de jure Romano ita tenendum: si nunciatio est *verbalis*, tunc fatemur eo ipso, fundum, in quo opus novum exstruitur, jure dominii ad nuntiatum pertinere, & ipsum

ipsum aliquid saltem contra jus servitutis in eo fundo nobis competens suscipere, quo ipso possessionem amittimus & alterum possessorem facimus *d. l. 5.* §. *10. ff. h. t.* Quod si vero *realis* est nuntiatio, tunc possessionem non amittimus, nec dominium loci controversi nunciato tribuimus, *d. l. 5.* §. *10.*

Ita apud Romanos. Sed quid moribus nostris obtinet? Adlatam differentiam in praxi parum observari, nec in decernendis Processibus attendi testatur cit. Friderus, Mindanus, *loc. alleg. num. 20.* inque eam rem multa exempla adduci posse asserit. Et cum praeterea nunciationes privatae hodie rarissimae fiant, cum ubique fere Judex statim adiri soleat ab eo, qui nunciationem intendit, hinc adstruere non dubito, praesentem distinctionem exiguum admodum in praxi usum habere, add. Carpzov. *l. 1. Resp. 6.*

Lib. XXXIX. Tit. V. De Donationibus.

DIST. I.

Inter Donationem *absolutam* & *remuneratoriam.*

Differunt hae duae species diversis modis. Donatio *absoluta*, si 500. solidos excedit, *actis insinuari debet*, §. *2. J. de donat.*

ut scilicet Judex videre possit, annon forsan ea ex prodigalitate in hominem indignum conferatur, ad donationes enim, & quidem in specie ad eas, quæ maximam quantitatem continent, homines alias proclives esse non solent. At donatio *remuneratoria* ob cessantem illam rationem, insinuatione judiciali non indiget, modo benemerita, sive causæ donationis in specie exprimantur, prout fecit Aquilius Regulus in *l. 27. ff. h. t.* ibi: *quoniam & cum patre meo semper fuisti & me eloquentia & diligentia tua meliorem reddidisti, dono & permitto tibi habitare in illo cœnaculo, eoque uti*; vel modo donatarius postea merita probare possit, v. Mynsing. *Cent. 4. Observ. 75. & 88.* Dion. Gothofred. *in not. ad d. l. 27.*

Deinde donatio *absoluta* multis modis *revocari potest*, utpote si ingratus fuerit donatarius, propter causas in *l. fin. C. de revoc. donat.* enumeratas, item propter supervenientiam liberorum, *l. 8. C. eod.* item si legitima liberorum læsa, *tot. tit. C. de inoffic. donat.* quæ omnia in donatione *remuneratoria* secus se habent.

Inter Conjuges prohibita est donatio *absoluta*, ne mutuato amore invicem spoliarentur, *l. 1. ff. de donat. int. vir. & uxor.* vel ne concordia pretio conciliari videretur, *l. pr. ff. eod.* quia sæpe futurum esset, ut discuterentur matrimonia, si non donaret is, qui posset, juxta *l. 3. eod.* at vero in donatione *remuneratoria*

non

non adeſt ejusmodi ſpoliatio: E. etiam LL. prohibitio huc non pertinet, *v. l. 5. §. 16. ff. eod.*

Donationem *remuneratoriam non conferunt liberi*, per hanc enim inæqualitas inter liberos non inducitur, cujus evitatio eſt fundamentum collationis. Aliud in donatione *abſoluta*, v. B. Stryk. *de ſucceſſ. ab inteſt. Diſp. II. c. 4. §. 13. ſeqq.* Quamvis vero diſſentiant alii & inter eos etiam Lauterb. *Comp. jur. ad tit. de collat.* exiſtimantes, quod abſoluta etiam ſive ſimplex donatio conferri non debeat; eorum tamen opinio fundamento jamjam adducto contrariatur. Provocat Lauterbach ad *l. pen. §. 1. C. de collat.* Sed hæc, ſi oculi aperiuntur, eidem e diametro adverſatur, modo quis integram eam perlegere velit. Equidem *l. 18. C. famil. herciſc.* ad quam porro provocat, ab initio valde obſtare videtur; aſt nuda verba non ſunt inſpicienda, ſed interpretatio ex analogia juris & aliis textibus juris eſt aſſumenda, nec enim verba legis talem interpretationem reſpuunt. Intelligo itaque *l. 18. C. fam. herc.* de eo caſu, ſi Pater expreſſe declaravit, quod filia rem, quam Pater ejus nomine emit, præcipuam habere debeat, vel etiam ita intelligi poteſt, prout eam explicat Barboſa, quod filia illam rem præcipuam habere, id eſt, ſorti non committere debeat in judicio familiæ herciſcundæ, quod alias neceſſarium eſt intuitu omnium *ſpecierum*, quas liberi vivis parentibus

acceperunt, v. supra *tit. de collat. Dist. I.* Brunnemann. *ad d. l. 18. C. fam. hercisc.* qui tamen contrariam sententiam defendere voluit, cui ex rationibus nostris facile responderi potest.

Quamvis etiam *tutor donare non possit* per *l. 22. ff. de admin. & peric. Tutor,* hoc tamen iterum de donatione absoluta intelligendum esse puto, non de remuneratoria, quippe in qua nulla bonorum dissipatio adest, sed quam quilibet paterfamilias ex lege gratitudinis suscipere solet.

LIB. XXXIX. TIT. VI.

De Mortis causa donationibus & capionibus.

DISTINCTIO I.

Inter Donationem *inter vivos* & *mortis causa.*

DIfferunt (1.) *ratione modi contrahendi.* In donatione *inter vivos* nihil præter consensum requiritur, id est, nec testibus indigemus, nisi ad meliorem probationem, est enim pactum legitimum, quia *l. 35. C. de donat.* illud eousq; confirmavit, ut actio exinde donatario competeret, unde hodie etiam in classem contractum consensualium referri posset. At

vero

vero in donatione *mortis causa* quinque testes requiruntur, *l. fin. C. de donat. mort. caus.* & reliquæ solennitates, quæ in Codicillis adesse debent, excepto eo solum, quod in codicillo non exigatur acceptatio Legatarii, bene tamen in donatione mortis causa acceptatio donatarii, *v. l. 38. ibi : præsens præsenti ff. h. t.* & ergo hac parte donatio inter vivos & donatio mortis causa inter se conveniunt.

Differunt (2.) *ratione effectus.* Scilicet ex donatione *inter vivos* consequor jus præsens, licet executio dilata fuerit post mortem donantis, v. g. si quis dicat, *dono tibi centum thaleros*, (hactenus verba dispositiva & exinde descendens jus præsens) *sed non habebis eos, nisi demum post mortem meam*, (hæc sunt verba executioni adjecta,) ast in donatione mortis causa spem saltem habeo, sive jus aliquod futurum; *v. g. dono tibi centum thaleros post mortem meam*, vel *si in hoc morbo occubuero*, (ubi & obligatio & executio suspensa est.)

Ex quo (3.) differentia *ratione facultatis pœnitendi* profluit. Quicunque *inter vivos* donavit, ille statim a momento donationis sive promissionis firmiter obligatus est, quamvis etiam donationis executio ad annos aliquot, imo plane ad dies vitæ dilata fuerit, quæ est natura omnium conventionum. At vero donatio *mortis causa* ejusmodi præsentem obligationem nondum producit, sed spem saltem, prout supra *ad tit. Quand. dies legat. vel fideic.*

ced. dictum fuit. Ergo hæc mortis causa facta donatio quocunque tempore iterum revocari potest, sive ea facta sit cogitatione mortalitatis in genere, sive intuitu instantis alicujus ejusque gravissimi periculi.

(4.) Donare *mortis causa* potest *minor sine Curatoris consensu*, Rauchbar *p. 1. qu. 31. num. 42.* Struv. *Ex. 40. th. 22. inter vivos* donare ei non permittitur. Ex hac siquidem læderetur, non autem ex illa.

(5.) Donatio *mortis causa* licet 500. solidos excedat, *non tamen requirit insinuationem judicialem*, (exceptio est de jure Saxonico Electorali in donatione omnium bonorum,) Struv. *d. Ex. 40. th. 4.* aliud in donatione *inter vivos.*

(6.) In Donatione *mortis causa, si donatarius ante donantem moritur*, donatio intercidit, *v. l. 35. §. 4. l. 42. pr. ff. h. t.* at vero, quamvis in donatione *inter vivos* executio, vel traditio in annos aliquot dilata & donatarius ante illorum lapsum mortuus fuerit, donatio tamen ad liberos pertinet.

DISTINCTIO II.

Inter Donationem *mortis causa* & *morte confirmatam.*

NE putes, hæc duo synonyma esse & ratione effectus inter se convenire, longe enim ab invicem distant.

Scili-

Scilicet donatio *mortis causa* dicitur, *quoties statim ab initio negotii in ipsis verbis dispositivis mortis cogitatio*, (id est, mentio, nam sola interna cogitatio hic non sufficit) *injicitur*; ast vero in donatione *morte confirmata* ejusmodi cogitatio mortis sub initium negotii non aderat, *sed ex paciscentium intentione statim firma esse debebat*, non autem poterat, quamdiu vivebant, & sic post mortem eorum robur suum demum consequebatur. Exemplum est in *conjugibus*, quorum donationes pure & inter vivos factæ nullius sunt effectus, sed semper a donante revocari possunt, quod si vero ante mortem non fuerint revocatæ, tunc defuncto ipso convalidantur. Idem est, si *Parentes liberis in potestate existentibus* aliquid donent, quoniam & talis donatio ob unitatem personæ vivis parentibus effectum non habet, sed post mortem solummodo. Quemadmodum enim donatio conjugum defuncto donatore propterea subsistit, quia tunc amplius non adest spoliatio: ita ea, quæ inter Parentes & liberos facta ex hac causa valet, quia tunc unitas personæ deficit, v. Lauterbach *ad tit. ff. de dona*.

Usus vero in hoc consistit: Donatio *mortis causa*, prout paulo ante dictum, absque insinuatione judiciali subsistit, quamvis maximam summam contineat; donatio autem *morte confirmata* non item, sed retrotrahitur ad primum suum initium & propterea, si 500. soli-

solidos excedit, ultra hanc quantitatem absque facta insinuatione subsistere non potest, per textum expressum in *l. 25. C. de donat. int. vir. & uxor.*

Quoad *parentes & liberos in specie* etiam hoc addere posses. Donatio *mortis causa* non confertur a liberis, quia hic constat, quod parentes voluerint, ut liberi rem donatam præ reliquis præcipuam haberent, *v. l. 16. C. de collat.* donatio *morte confirmata* tamen conferenda erit, quia propter retrotractionem ad donationes inter vivos pertinet, *v. supra Dist. I. h. tit.*

DISTINCTIO III.

Inter Mortis causa *donationem* & *capionem*.

D*onatio* mortis causa *ex ipsis donantis bonis* ad donatarium pervenit; sed mortis causa *capio* saltem *occasione hereditatis & mortis testantis* percipitur, *l. 31. pr. ff. h. t.* vel, prout loquitur Marcellus in *l. 38. ff. h. t. Mortis causa donatur, quo præsens præsenti dat: a mortis causa capi intelligitur & quod non cadit in speciem donationis.* Adjicit quoque JCtus exempla, v. g. cum testamento quis suo Pamphilum servum suum liberum esse jussit, si mihi decem dederit, nihil mihi donasse videbitur, & tamen si accepero à servo decem, mortis causa me accepisse convenit. Idem accidit, quod quis sit heres institutus, si mihi decem dederit: nam

acci-

accipiendo ab eo, qui heres institutus est, conditionis ejus explendæ causa, mortis causa capio, add. *l. 8. ff. h. t.* quamvis interdum phrasis: *mortis causa capere*, in nonnullis legibus, v. g. in *l. 18. pr. ff. h. t.* tam late sumatur, ut mortis causa donationem quoque sub se comprehendat.

In effectu fere conveniunt donatio & capio. Quemadmodum enim mortis causa donatio non computatur in Falcidiam, ita nec mortis causa capio, *v. l. 91. ff. ad L. Falcid. ibi: implendæ commissionis causa.* In Quartam Trebellianicam autem utrumque recte computatur, v. Struv. *Ex. 36. th. 31.* Hoc unicum observandum esse videtur, quod donatio mortis causa actus sit peculiaris, præsentiam quinque testium, donatarii præsentiam & acceptationem ejusdem requirens, mortis causa capio autem est merum aliquod accessorium dispositioni alterius principalis, quæ præsentiam atque acceptationem ejus, in cujus favorem tendit, neutiquam exigit.

LIB. XLI. TIT. I.

De acquirendo rerum Dominio.

DISTINCTIO I.

Inter Res nullius *censura, facto, natura, tempore* & *casu.*

Inclu-

Ncluduntur hæ diversæ species vulgatis versiculis:

Censura, facto, natura, tempore, casu,
Res in nullius dicitur esse bonis.

Per res *censura* nullius intelligunt res divini juris, sacras, sanctas & religiosas. Possent etiam in genere huc ea referri, quæ extra commercium posita, v. g. res publicæ, &c.

Facto tales sunt, quas Dominus pro derelictis habet eoque animo abjicit, ut jam a quolibet apprehendi possint.

Natura nullius sunt feræ bestiæ & gemmæ.

Tempore nullius esse dicitur thesaurus, sive vetus depositio pecuniæ, cujus non extat memoria.

Denique *casu* nullius in dominio existit hereditas jacens a momento, quo defunctus obiit, usque ad illud momentum, quo heres hereditatem adit. conf. B. Stryk *in not. ad Lauterb. h. t. ab initio.*

Ita quidem enumerantur diversæ species rerum, quas nullius esse dicimus, sed tamen non sunt eædem propterea ejusdem quoque indolis atque naturæ, unde multum interest, ut accurate ab invicem distinguantur.

Scilicet res *censura* nullius neque *actu* in dominio alicujus existunt, nec etiam alicujus fieri *possunt*, obstat enim Legis prohibitio.

E contrario, quæ *facto* nullius dicuntur, non

non sunt quidem in præsenti in dominio, *per occupationem tamen facile acquiruntur.*

Idem apud Romanos in rebus *natura* nullius obtinebat, ubi quilibet facultatem capiendi feras bestias habebat, sed quoniam hoc moribus nostris mutatum, hinc bestiæ illæ hodie ad res nullius amplius referri non possunt.

In rebus *tempore* nullius dictum prædicatum: *nullius* admitti quidem potest, *quantum actuale exercitium concernit*, quo respectu etiam applicare posses alterum illud: non esse & non apparere, sunt synonyma; sed *quantum ad ipsam proprietatem attinet*, thesaurus nullo modo ad res nullius pertinet. Cederet enim alias cuilibet occupanti, at vero contrarium, & quod detectus thesaurus domino acquiratur, expediti juris est.

Idem judicium de rebus *casu* nullius esto. Nec enim & jacentem hereditatem occupare permissum est. Unde durante deliberatione heredis nemo quidem adest, qui actu administret res hereditarias, proprietas tamen illi interim salva manet, qui postmodum hereditatem acceptat, & cujus acceptatio, sive aditio, ad momentum illud, quo defunctus mortuus est, retrotrahitur.

DISTINCTIO II.

Inter Accessionem *naturalem*, *industrialem* & *fortuitam*.

QUoad diversum conceptum in theoria hæ tres

tres species omnino ab invicem differunt, *naturalis* enim ex ipsius naturæ operatione provenit, homine vel nihil, vel parum cooperante, v. g. in alluvione, fœtu animalium, &c. at vero in *industriali* omnia ab industria humana dependent, v. g. in specificatione, adjunctione, &c. in *fortuita* denique nec natura operatur, nec industria humana, sed ex insperato aliquid acquiritur, quo referunt thesauri inventionem. Ita quoad diversum conceptum. Sed quoad effectum unica saltem regula notari debet; *quod scilicet accessorium cujuscunque generis naturale, industriale & fortuitum naturam sui principalis sequatur.*

DISTINCTIO III.

Inter *Specificationem* & *Adjunctionem*.

S*Pecificatio* exinde cognoscitur, si res aliqua, postquam industria humana accessit, *novum nomen sortitur*, v. g. quando ex lana pannum conficimus; at in *adjunctione idem nomen*, quod antea rei inditum erat, *permanet*, v. g. si adamantem Titii annulo meo includo. Ex quo patet, non esse specificationem, si quis alienum frumentum excussit, prout quidem vult Tribonianus in §. 25. *J. de R. D.* hic enim novum nomen frumento excusso non imponitur. Et ergo rectius contrarium asseruisse Cajum in *l.* 7. §. 7. *ff. de A. R. D.* cujus sensum in excerpendo non est assecutus Tribonianus.

Nova

Nova ſpecies per *ſpecificationem* effecta non indiſtincte acquiritur ſpecificanti, ſed tunc demum, *ſi partim ex propria, partim ex aliena materia* conſtat: aut quando materia mere eſt aliena, *ſi nova illa ſpecies non poteſt ad priſtinam materiam reduci*, ita enim veteres Sabinianos & Proculianos, de prærogativa materiæ & formæ inter ſe ſubtiliter diſputantes, conciliat *d. l.* 7. §. 7. *ff. de A. R. D.*

In *adjunctione* autem res adjuncta communiter rei principali cedit, quod plurimis exemplis illuſtrat Struv. *Ex. 41. th. 40.* Subjungi tamen hic meretur

DISTINCTIO IV.

Inter *Ferruminationem* & *Adplumbaturam.*

Ferruminatio vocatur, quando metalla ejusdem generis, formata vel non formata, *ſine interventu ullius alterius materiæ conſolidantur*, v. g. ſi ferrum ferro per vim & efficaciam ignis jungitur, dicunt alicubi zuſammen ſchweiſſen: *Adplumbatura* autem eſt, quando duæ materiæ ejusdem generis, vel diverſi, *per quoddam interveniens coagmentantur*, Struv. *d. Ex. 41. th. 44.* v. g. ſi plumbo, glutine, clavo, vel ſimili modo brachium ſtatuæ, navi tabula, aſſer aſſeri jungitur, quod vocant das löthen / anlöthen / anleimen / &c.

Sive vero per ferruminationem, ſive per adplum-

adplumbaturam res aliena meæ *tanquam accessorium* jungatur, ejus dominium mihi statim acquiritur. In eo tamen adhuc manet differentia, quod, si adjunctio *per ferruminationem* facta fuerit, res accessoria nec tunc vindicari, vel ejus exhibitio peti possit, quamdiu principali cohæret, neque tunc etiam, quando ab eadem iterum separata deprehenditur. At in casu *adplumbatura* ad exhibendum agi & exhibitione facta res separata vindicari omnino potest. Rationem differentiæ in eo ponit Paulus in *l. 23. §. 5. ff. de R. V. quia ferruminatio per eandem materiam facit confusionem: plumbatura non idem efficit*, & propterea actione in factum agendum esse dicit, ad pretium rei consequendum.

Dixi autem, si res aliena meæ *tanquam accessorium* jungitur. Quod si ergo duæ res conjunctæ sunt *æque principales*, v. g. si asser asseri jungitur, tunc sua cujusque res manet & iterum separatur, Struv. *d. th. 44.*

DISTINCTIO V.

Inter *Confusionem* & *Commixtionem*.

PRior fit in rebus liquidis, *posterior* in aridis & siccis. *Prior* semper inducit communionem, sive facta sit voluntate utriusque, sive alterutrius saltem, sive neutrius denique, sed per merum casum fortuitum, *§. 27. J. de R. D.* si scilicet separatio nullo modo fieri possit, alias

lias vero, si hæc possibilis est, ut quando e.g. metalla confusa ab aurificibus chrysulca (Scheidwasser) iterum separantur, tunc communio non inducitur, si confusio absque dominorum consensu facta, sed suum cuilibet restituitur, Struv. *d. l. th. 43.*

Circa *commixtionem* tres casus ab invicem distingvuntur in §. *28. J. de R. D.* scilicet, aut facta est illa *voluntate utriusque*, & tunc communio sine dubio inducitur: aut facta est *voluntate unius saltem*, *aut nullius*, sed *per merum casum fortuitum*, & tunc communionem induci negat *d.* §. *28.* addita ratione, *quia singula corpora in sua substantia durant*, quod in confusione secus sese habebat. Subjungitur quoque exemplum in *cit.* §. *28. non magis istis casibus commune fieri frumentum, quam grex intelligitur esse communis, si pecora Titii tuis pecoribus mista fuerint.* Quid ergo? *in rem actio* pro modo frumenti cujusque competit, arbitrio autem Judicis continetur, ut ipse æstimet, quale cujusque frumentum fuerit; quod si vero commixtio voluntate utriusque facta & sic communio inducta fuisset, actio *communi dividundo* institui debuisset juxta *l. 5. pr. ff. de R. V.* In effectu tamen idem esse puto, sive actio illa in rem, sive hæc communi dividundo instituatur, & non parum subtilitatis huic materiæ de commixtione inesse videtur.

DI-

DISTINCTIO VI.

Inter *Plantationem* & *insitionem.*

PLantæ in alieno solo positæ ab eo demum tempore domino soli acquiruntur, *quo radices egerunt*, antea enim facillimo negotio à solo iterum separari poterant: at vero *semen* in alienum agrum projectum ejusdem agri domino *a momento insitionis* cedit, quia hoc difficulter admodum iterum colligi & sic ab agro separari potest, valde difficilia autem pro impossibilibus in jure Romano reputantur, §. 31. & 33. J. de R. D.

DISTINCTIO VII.

Inter *Scripturam* & *Picturam.*

LIteræ, licet aureæ sint, perinde *chartis membranisve cedunt*, ac solo cedere solent ea, quæ inædificantur, aut inseruntur; at verò in *pictura tabula pictura cedere debet*, quia ridiculum est, picturam Appellis, vel Parrhasi, in accessionem vilissimæ tabulæ cedere, §. 33. & 34. J. de R. D. Ita de jure Romano, hodie autem & chartam literis cedere multi ex recentioribus recte asserunt, quia Dominus chartæ nullum interesse habet, sive eandem chartam præcise consequatur, sive aliam æque bonam. Nec charta, nec tabula, sunt ejusmodi res, in quas cadit pretium affectionis, sed sunt

res

res mere fungibiles, adeoque claudicat argumentum ab eo, quod fundo inædificatum, ad illud, quod chartæ inscriptum est.

DISTINCTIO IIX.

Inter Traditionem *nudam* & *non nudam*.

N*Uda* fit ex titulo ad transferendum dominium inhabili, e. g. ex titulo commodati, depositi, locati, &c. & hæc *non constituit accipientem in conditione usucapiendi*, licet rem traditam longissimo tempore possideat, quod in traditione *non nuda* ubique secus se habet, *v. l. 31. pr. ff. h. t.*

DISTINCTIO IX.

Inter Traditionem *veram* & *fictam*, & hanc iterum vel *longæ manus*, vel *brevis manus*, vel *symbolicam*.

V*Era* fit in mobilibus de manu in manum datione, in immobilibus inductione, non tamen, ut quis omnes glebas fundi circumambulet, sed quamlibet ejus partem introire sufficit, per *l. 3. ff. de acquir. vel amitt. poss.*

Ficta, quæ *longæ manus* dicitur, oculis perficitur. *Si Venditorem*, inquit Cellus *in l. 18. §. 2. ff. de acqu. vel am. poss. quod emerim, deponere in mea domo jusserim: possidere me certum est*,

 quam-

quamquam id nemo dum attigerit. Aut si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonstret vacuamque se possessionem tradere dicat: non minus possidere cœpi, quam si pedem finibus intulissem. Adde *l. 79. ff. de solut.* ubi manu longa traditio fieri dicitur, *si pecuniam, quam mihi debes, aut aliam rem in conspectu meo ponere te jubeam.*

Ficta *brevis manus* est, ubi nulla traditio loco duarum, quæ regulariter requirebantur, adhibetur, id quod communiter accidere solet, quando duo contractus, unus brevi tempore post alium, celebrati fuerunt. Sic v. g. possedi hactenus rem ex commodato, locato, deposito, &c. emo jam eandem rem à commodante, locatore, vel deponente, duplici traditione opus esset, ut scilicet commodatarius &c. primo rem iterum restitueret commodanti & sic hunc contractum plene dissolveret, deinde vero commodans ex novo contractu venditionis illam rem commodatario, tanquam emtori, denuo traderet atque hac ratione contractum venditionis consummaret. Sed cui usui essent istiusmodi ambages? Ergo quod fieri potest per pauca, non debet fieri per plura, & hinc commodans &c. rem antea commodatam commodatario tanquam emtori ex novo titulo statim relinquit quasi denuo traditam. Aliud exemplum est in *l. 3. §. pen. & ult. ff. de don. inter vir. & ux. si scilicet debitorem meum tibi solvere, vel eum, qui mihi donaturus*

naturus erat, uxori meæ dare jusserim. Item: si pecunia ex alio contractu debita, per conventionem fit mutua, *l. 15. ff. de R. C.* Vel, si res vendenda datur, ut pecunia inde redacta sit mutua, *l. 11. pr. ff. d. t.* Schöpffer *Synops. jur. ad tit. ff. de reb. cred. num. 19. 20.*

Huc pertinet etiam *constitutum possessorium*, quando rem, quæ hactenus ex titulo ad dominium habili penes me fuit, jam ex inhabili possidere incipio, de quo fuse jam diximus *ad tit. de Constituta pecunia Dist. I.*

Symbolica denique est, quando loco ipsius rei aliud quid à tradente adhibetur, quod rem venditam, permutatam, donatam, &c. *repræsentat & cum ea connexionem quandam habet*, ita, ut penes quem illud symbolum deprehenditur, penes hunc quoque regulariter dominium rei sit. Huc pertinet *traditio instrumentorum*, ex quibus venditoris jus & titulus dependet, die alte Lehnbrieffe / Kauffbrieffe / die Inventaria, &c. *v. l. 1. C. de donat.* Mascard. *de Probat. Vol. 3. Concl. 1184. n. 1.* Imo & per traditionem ipsius instrumenti, quod super præsenti contractu confectum est, possessio transferri potest, modo illi instrumento inferatur clausula: Daß der Verkäuffer zugleich vermittelst Uberreichung dieses Kauffbrieffes den Käuffer in den völligen Besitz des Hauses gesetzet haben wolle / absque hac vero clausula per solam instrumenti noviter confecti traditionem possessio non transfertur, Carpzov.

P. 2. C. 33. Def. 15. Illustr. Stryk *Caut. Contr. sect. 2. c. 8. §. 22.*

Symbolica quoque traditio fit per *traditionem clavium in conspectu rei factam, l. 47. ff. de contrah. emt.* (Pacto tamen effici potest, ut etiam extra rei præsentiam ejusmodi traditio perficiatur, Id. *cit. c. 8. §. 22.*) Item per *impositionem signaculi, l. 14. §. 1. ff. de comm. & peric. rei vend.* (modo non sit res, quæ ad quantitatem, vel gustum vendita, *l. 1. §. 2. ff. h. d. tit.*) Item, *si Custos apponitur*; Id. *d. §. 22.*

Scotatio, (quæ in *c. 2. X. de consuet.* describitur, quod fiat ab eo, qui possessiones aliquas claustris, vel aliis locis religiosis pro remedio peccatorum suorum vult conferre, *ita ut modicum terræ in manu vel extremitate pallii, quod manu Prælati Ecclesiæ sustinetur, adferat & super altare ponat, sub testimonio videntium & audientium*) apud nos hodie in usu amplius non est.

In Geldria *effestucatio* in usu est, Opdracht sive Transport/ quando venditor festucam, sive baculum manu tenens eundem postea abjicit, ac emtori relinquit, simulque se possessione decedere declarat, Huber. *in prælect. ad J. de rer. divis. n. 4.* Dn. Beyer *Posit. ff. de act. emt. vend. pos. 18. ad 21.* sed ex ejusmodi festucæ abjectione apud nos iterum nulla possessionis translatio proflueret, quoniam apud nos hoc symbolum non est receptum.

Qualia symbola in investitura, sive traditione

ne feudi adhibeantur, illud ex jure feudali repetendum.

Interim quantum ad usum attinet, ita tene: *quemcunque effectum habet traditio vera, illum quoque ficta post se trahit*, id est, utraque jus aliquod reale emtori, donatario, &c. tribuit, qui antea nudum saltem jus personale ex conventione acquisiverat.

E converso: *quicquid non potest transferri per traditionem veram, illud nec per fictam transferri concessum est.* Unde quemadmodum inter Conjuges donatio eamque subsequens vera rei donatæ traditio locum non invenit, ita nec ficte res donatas tradere licet, quoniam hoc in fraudem legis fieret, *v. l. 3. §. pen. & ult. de donat. int. vir. & ux.*

Unde nihil interest, utrum vere, utrum per longam manum, brevem manum, an vero per symbolum traditio perficiatur, quod idem quoque ad illam fictæ traditionis speciem, *patientiam scilicet & exercitium*, est applicandum, per quam servitutes aliaque jura alteri conceduntur. Hæc scilicet in rebus incorporalibus idem præstat, quod vera in corporalibus præstare solet.

LIB. XLI. TIT. II.

De acquirenda vel amittenda possessione.

DISTINCTIO I.

Inter Possessionem *propriam* & *analogicam*.

PRopria de rebus corporalibus, *analogica* de incorporalibus prædicatur, ceterum vero in effectu conveniunt, utraque enim eandem præsumtionem producit, & eadem quoque remedia, quibus nos in possessione nostra tueri possumus.

DISTINCTIO II.

Inter Possessionem *naturalem* & *civilem*.

SI unquam alias vocabulum aliquod diversimode accipitur, certe ejusmodi diversissima acceptio vocabulorum possessionis *naturalis* & *civilis* in jure nostro deprehenditur.

Scilicet possessio *naturalis* sumitur (1.) pro nuda detentione, sive *pro actu mere physico*, quo sensu furiosus etiam possidere & possessionem inchoare potest, *l. 1.* §. 5. *ff. h. t.* item servus, *l. 24. ff. ead.* & hoc modo accepta *possidenti nullum plane jus tribuit.* Ac-

Accipitur (2.) *pro possessione effectum civilem habente*, non tamen dominium, sed aliud quid tribuente, quo nomine possidet usufructuarius, *l. 49. h. t.* item creditor pignus, &c. *Hæc jus temporarium ejusque manutenentiam tribuit, non tamen ad usucapionem proficit.*

Accipitur (3.) de eo casu, *si quis nonsolum animum sibi habendi habet, sed simul etiam corpore suo rei incumbit*, v. g. si quis ædes emit easque ipse inhabitat Hæc *ad usucapionem sine dubio proficit, si justus titulus simul adest.*

Lauterbach *in Comp. ff. h. tit.* hasce tres acceptiones ita distinguit, *primam* vocat possessionem *naturalem in significatione lata: secundam* in significatione *stricta* ratione *formæ: tertiam* in eadem significatione *stricta* ratione *modi.*

Vocabulum *civilis possessionis* adhibetur (1.) *pro qualicunque possessione*, quæ non dominium, sed alium quendam titulum conjunctum habet, v. g. si quis *hypothecam*, vel *rem usufructuariam* possidet, hanc Lauterbach *civilem in significatione lata* appellat, antea etiam *naturalis stricta ratione formæ* vocabatur, *& facultatem usucapiendi non tribuit*, quoniam titulo ad transferendum Dominium habili destituitur.

(2.) Adhibetur pro possessione, *qua corporalem insistentiam conjunctam non habet*, sic v. g. *Locator*, *commodans*, *deponens*, civiliter possident, quamvis conductor, commodatarius & depositarius, rei actualiter incumbant. Stylo

Lauterbachiano hæc *civilis stricta ratione modi* dicitur, & *eosdem effectus habet, qui illi tribuuntur, qui rei actu incumbit.*

Denique (3.) civilis possessio dicitur, *quando non solum quis naturaliter rei insistit, sed simul etiam animum domini habet.* Hæc *si bonam fidem conjunctam habet, facultatem usucapiendi tribuit*, non autem si quis mala fide possessionem sibi arrogavit, v. g. fur, raptor, &c. Lauterbachio vocatur *civilis stricta ratione forma.*

Usus, præter ea, quæ jamjam singulis speciebus subjuncta fuerunt, etiam quoad theoriam deprehenditur, ne JCtos, qui vocabulo possessionis naturalis & civilis tam diversimode utuntur, statim sibi ipsis *quoad rem ipsam* contradixisse existimemus. In conclusionibus enim quoad effectum possessionis & facultatem usucapiendi ex possessione profluentem conveniunt, & in solis terminis ab invicem discedunt, quod in plerisque disciplinis aliis quotidie ita evenire solet, conf. Hahn. *ad Wesenbec. h. t. num. 3. verb. Dicitur & alio sensu*, & sedula textuum evolutio hoc satis docere poterit.

DISTINCTIO III.
Inter Possessionem *bonæ* & *malæ fidei.*

PRior requiritur, si quis per continuationem possessionis justo titulo munitæ dominium acquirere intendit, & quidem de jure Canoni-

nonico, quod in praxi sequimur, per integrum tempus usucapionis, *c. fin. X. de praescript.* ubi quidem Papa, Innocentius III. Paulinum illud: *quod non ex fide, peccatum est*, contorte applicat, quippe quod non de fide aliqua intellectuali, quam JCti intelligunt, sed de fide in corde radicata loquitur; interim tamen res ipsa salva est, involveret enim furti moralis speciem, si alicui permitteretur, ut rem alienam scienter possidens eam nihilominus usucapere posset.

Malae fidei possessio ad usucapionem non proficit, eum tamen nihilominus post se trahit effectum, ut in possessorio summariissimo quis manutenentiam consequatur, quoniam in hoc judicio de qualitate possessionis plane non disquiritur, sed de sola illa quaestione: *an aliquis possideat?*

DISTINCTIO IV.

Inter Possessionem *justam* & *injustam*.

J*ustum* alias id vocari consvevit, quod cum Legibus *omni ex parte convenit*, & sic idem est, quod legitimum; *injustum* e contrario, quod voluntati Legislatoris *in totum repugnat.* Verum ille significatus in praesenti quidem distinctione non indigitatur, sed *justa possessio* hic vocatur, quam quis *titulo ad transferendum dominium habili* acquisivit, quae tamen in eo

Legibus non raro contrariari poteſt, quod mala fide obtenta fuerit; *injuſta* e contrario eſt, *ubi ejusmodi titulus deficit*, quamvis etiam bona fides adſit. Sic heres posſidens rem, quæ anteceſſori defuncto commodata erat, eamque ad defunctum jure Dominii pertinuiſſe exiſtimans, in b. f. quidem conſtitutus deprehenditur, ſed nihilominus tamen poſſesſio ipſius injuſtæ ſpeciebus accenſenda erit.

Poſſesſio *juſta*, ſi cetera concurrant, quæ à Legibus requiruntur, *posſidenti facultatem uſucapiendi tribuit*, injuſta autem talem effectum poſt ſe non trahit.

Lib. XLI. Tit. III.
De Uſurpationibus & Uſucapionibus.

DISTINCTIO I.

Inter *Uſucapionem* & *Præſcriptionem*.

QUænam olim inter uſucapionem & Præſcriptionem fuerit differentia, de eo D D. alii jam fuſe ante nos ſcripſerunt, ut adeo illis immorari opus non videatur, præſertim cum ad ſcopum noſtrum talia quoque non pertineant, conſ. Hahn *ad Weſenbec. h. t. num. 3. verb. Uſucapio eſt.* Strauch *Diſſ. Juſtin. 8. th. 5. & 20.* Rævardus *in Triboniano,*

no, seu de veris Usucapionum differentiis adversus Tribonianum, c. 5. 6. & 10. quem allegat Dn. Beyer *Pos. ff. h. t. ab init.*

Nobis hæc monuisse sufficiat, quod vocabulum *præscriptionis* hodie quidem usucapionem sub se comprehendat, vel, si mavis, ejusdem synonymum sit; quod tamen nihilominus ea adhuc observari soleat differentia, *ut de rebus incorporalibus sola præscriptio prædicetur*, non autem usucapio, unde incongrue haud dubie faceret, qui actionem, vel servitutem se usucepisse dicere vellet. Accedit hoc etiam, quod *usucapio semper & actionem & exceptionem producat*, non solum enim tutum possessorem, sed & tutum dominum (post amissam possessionem) efficit, quod quidem in præscriptione *intuitu servitutum* eodem modo se habet, ubi actio confessoria post completum præscriptionis tempus præscribenti competit, verum *intuitu actionum* sola exceptio ex præscriptione oritur.

Interim juxta observantiam fori tam in usucapione, quam in præscriptione *bona fides requiritur*, & sic hac ratione iterum non differunt.

DISTINCTIO II.

Inter Corpora *unita*, *conjuncta* & *disjuncta* in materia usucapionis considerata.

UNitum corpus Pomponius, principia Philoso-

losophiæ Stoicæ secutus, in *l. 36. pr. ff. h. t.* describit, quod uno spiritu constat, ut homo, tignum, lapis & similia, quam definitionem & Paulus approbat in *l. 23. §. 5. ff. de rei vind.* & statuam exempli loco ponit.

Conjunctum est, quod ex pluribus partibus cohærentibus, vel se contingentibus, componitur, ut domus, navis, armarium, *d. l. 30. pr. h. t.*

Disjunctum autem *d. l.* vocatur, quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta, sed uni nomini subjecta, v. g. populus, legio, grex.

Unita pro parte non usucapiuntur, sed simul integra acquiruntur, in *conjunctis* contra, hic enim unam ego partem, v. g. ædium usucapere possum, alter autem alteram, quo sensu intelligi debet, quod [illegible]cit Lauterbach *Comp. jur. h. t. re conjuncta tota acquisita partes acquisitas non esse*, si scilicet alius eas partes interim non minus animo sibi habendi possedit, quam ego maximam partem, (vocem enim *totius*, qua utitur Lauterbach, pro maxima parte accipiendam esse existimo.) In dubio tamen, si talis possessio rei particularis à tertio doceri non potest, ille qui maximam partem usucepit, etiam reliqua usucepisse intelligitur. Et hic ergo differentia inter *conjuncta* & *disjuncta* sese exerit. Scilicet in disjunctis una v. g. ove possessa & usucapta non statim omnia reliqua corpora usucapta sunt, neque hic, qui omni-

omnium possessionem allegat, præsumptionem pro se habet, sed ad probationem tenetur.

Hæc latent in effato Pomponii in *d. l. 30. h. t.* quando dicit: *Primum genus* (unitorum) *in usucapione quæstionem non habere*: *secundum* (conjunctorum) *& tertium* (disjunctorum) *habere.*

Lib. XLII. Tit. I.

De Re judicata & effectu sententiarum & interlocutionibus.

DISTINCTIO I.

Inter Sententiam *interlocutoriam* & *definitivam.*

I*Nterlocutoriam* vocant, quæ punctum incidentem minus principalem & ad decisionem causæ nihil conferentem determinat, v. g. quando Judex definit, an cautio sit præstanda ab Actore, annon: an reliquæ exceptiones à Reo forsan oppositæ relevantes sint, annon? *definitivam* e contrario, quæ toti negotio principali finem imponit, Reum vel absolvendo, vel condemnando. Hinc quando judex pronunciat, Daß Beklagter sich auff die Klage / inmassen sie anbracht / vel noch

zur

zur Zeit / vel allhie / einzulassen nicht schuldig / interlocutoria; quando autem ita: Daß Beklagter sich auff die Klage einzulassen nicht schuldig / vel: daß Er von der wider ihn angestelleten Klage zu entbinden / sententia definitiva est.

Usum in eo ponunt. Sententiam *interlocutoriam* Judex *retractare potest*, non vero definitivam, *l. 14. 42. & 55. ff. h. t.* quia post sententiam hancce latam semel officio suo functus est, sive bene, sive male hoc fecerit, quod in *cit. l. 14. & 42.* de Prætoris sententia etiam dicitur, v. Gail. *lib. 1. obs. 81. num. 16.* Hoc tamen quoad usum fori aliter sese habere existimo. Quemadmodum enim Judex apud Romanos sententiam suam interlocutoriam *ob justas probabilesque causas*, non autem pro lubitu & quia placebat, mutare poterat, vid. Mev. *P. 2. Dec. 374.* Brunnem. *ad l. 14. it. ff. h. t. num. 2.* ita quoque eadem mutandi & corrigendi potestas hodie nostris Judicibus *ex iis causis* quoad sententiam definitivam competit. Huc pertinet, quod Saxones per modum Leuterationis, Pomerani per restitutionem in integrum, Hamburgenses sub voce Revisionis & alibi per modum vel itidem Revisionis, vel Supplicationis, vel quocunque demum alio titulo sententias quascunque interlocutorias & definitivas *coram eodem Judice impugnent*, qui etiam non semper Acta ad extraneum Judicem transmittit, sed ipse sæpius pro-

propriam ſententiam corrigit, cum dedecus non ſit, conſilium in melius mutare, circumſtantiis rei melius perſpectis.

Porro de jure Romano uſus præſentis diſtinctionis *ratione facultatis appellandi* ſeſe exſerebat. Scilicet *à ſententia definitiva quidem appellare permittitur, neutiquam vero ab interlocutoria, v. l. 2. C. de Epiſc. aud. l. 7. C. Quer. appell. recip. ibique Gothofred.* Sed de jure Canonico & moribus noſtris plerumque iterum contrarium obſervatur, & inter ſententiam definitivam atque interlocutoriam nulla fere hoc intuitu ſtatuitur differentia. De jure Canonico v. *c. 10. & 12. X. de appellat.* De Praxi confer Rittershuſium *de differ. jur. civ. & canon. l. 5. c. 25.* Brunnemannum *Proc. Civ. cap. 28. num. 6. & 7.* qui tamen Cameram Imperialem jus civile ſequi teſtatur, (add. Gail. *l. 1. obſ. 129.*) & in Marchia Electorali idem obtinere aſſerit. Et nemo ſane diffiteri poteſt, non parum prodeſſe illam juris Canonici diſpoſitionem hiſce, qui nihil niſi protractionem Proceſſuum meditantur, unde laudandi ſunt Principes, qui jus Romanum in judiciis ſuis juri Canonico iterum præferunt.

Quamvis vero, ut dictum, canones *ratione facultatis appellandi*, utramque ſententiam, interlocutoriam & definitivam, ſibi exæquaverint, differentiam tamen nihilominus adhuc *ratione modi appellandi* introduxerunt. Scilicet (1.) à ſententia *definitiva* alternative, vel

in

in ſcriptis, vel viva etiam voce, aut ſtante pede appellare permiſſum eſt, ſed vero ab *interlocutoria* ſi provocatur, hoc ſemper in ſcriptis fieri debet, *c. 1. de appellat. in 6.* (2.) Quoties a ſententia *definitiva* appellatur, toties, ut cauſæ appellationis exprimantur, præciſe neceſſarium non eſt; ſed hoc iterum in appellatione a ſententia *interlocutoria* ſecus ſe habet, *d. c. 1. de appell. in 6.* Sed quid in judiciis noſtris hic obſervatur? Certe quod Brunnem. *loc. cit. num. 4.* dicit, *conſuetudine introduci poſſe, ut quis viva voce ab interlocutoria appellare queat*, in plerisque locis introductum eſſe exiſtimo, ut non ſolum viva voce, ſed quoque absque expresſione cauſæ appellationis a ſententiis interlocutoriis ſemper appelletur, nec memini unquam in Actis me legiſſe, quod ex hoc capite formalia appellationis eo caſu impugnata fuerint.

DISTINCTIO II.

Inter Sententiam interlocutoriam *ſimplicem & mixtam.*

SImplex eſt, quæ ſuper tali puncto profertur, ex quo cauſæ principali ne minimum quidem præjudicium imminet, v. g. in puncto cautionis, termini anguſti, libelli inepti, &c. ſive enim admiſſa fuerit ejusmodi exceptio per ſententiam interlocutoriam, ſive penitus rejecta, nihilominus tamen vel Actor in cauſa obti-

obtinere, vel Reus abſolutionem impetrare poteſt, ſi modo fundamentum actionis, vel exceptionis recte ſeſe habeat.

Mixta autem dicitur, quæ ita comparata eſt, ut per neceſſariam conſequentiam ipſi cauſæ principali præjudicium faciat. Sic v. g. produco teſtem, vel inſtrumentum aliquod, tu excipis, teſtem prorſus eſſe inhabilem, vel inſtrumentum eſſe falſum, aut alio vitio laborare, Judex pronunciat, nec teſtem, nec inſtrumentum eſſe admittendum, hic ſane talis interlocutoria toti cauſæ damnum irreparabile infert, quoniam ſi hic teſtis, vel hoc inſtrumentum admitti non debet, ego neceſſario cauſa cado, cum aliis teſtibus, vel documentis plane deſtitutus ſim. Idem eſt, ſi ex ſententia interlocutoria aliud irreparabile damnum oriatur, quo pertinet exemplum in *l. 2. ff. de appell. recip. ſi quæſtionem in civili negotio habendam Judex interlocutus ſit, vel in criminali, ſi contra Leges hoc faciat.*

Uſus in eo conſpicitur juxta Leges Romanas. *Ab interlocutoria ſimplici non licet appellare, bene tamen à mixta*, utpote quæ quoad effectum inde profluentem definitivæ æquiparatur, *v. d. l. 2. ff. de appell.* Menoch. *l. 2. A. Q. caſ. 490.* Scaccia *de appellat. qu. 17. limit. 4. membr. 1. num. 84. ſequ.* Brunnemann. *de Proc. civ. d. cap. 28. n. 2.* Verum enim vero poſtquam ad *Diſt. præced.* dictum, quod jure Canonico & moribus noſtris ab omni interlo-

citoria appellari possit, hinc quoque præsentis distinctionis usus non adest, nisi in illis Provinciis, ubi *Canonum litigiosa inventio* iterum *explosa*, sunt verba cit. Brunneman. *d. l. n. 8.*

DISTINCTIO III.

Inter Sententiam contra jus in *thesi* & *in hypothesi*.

PRior, quæ etiam *contra jus Constitutionis* lata dici solet, directo contradicit dispositioni Legislatoris, & quando hic e. g. statuit, impuberem non posse testari, mulierem ex fidejussione, filiumfam. ex mutuo non obligari, tunc Judex nihilominus testamentum impuberis validum esse pronunciat, mulierem etiam & filiumfam. ad solvendum id, quod fidejubendo promiserat, vel mutuo acceperat, adstringit, &c.

Posterior, contra jus partis lata, non quidem Legibus contrariatur, in eo tamen à tramite recti recedit, quod Actis non diligenter perlustratis neque satis cognitis causæ momentis & sic præcipitanter prolata fuerit, v. g. quando disputant Partes, utrum testator impubes, vel utrum debitor mutuum accipiens filiusfamilias fuerit, & licet in Actis utrumque, ætas scilicet impubes & constitutio sub patria potestate, satis probatum, Judex tamen probationem tanquam non sufficientem rejicit, daß

Kläger

Kläger dasjenige/ so ihm zubeweisen aufferleget/ wie recht nicht erwiesen.

Posses etiam dicere, quod *prior* ex ignorantia juris, *posterior* ex ignorantia facti proveniat, & quod *priori* casu Judex in interpretando, *posteriori* autem in applicando potissimum peccet.

Usus hic est. Sententia *contra jus in thesi lata*, est ipso jure nulla & intra 30 annos impugnari potest, ea vero, *quæ contra jus in hypothesi*, quamvis etiam interdum nulla vocetur, intra 10. dies tamen per appellationem, vel aliud remedium est impugnanda, *l. 1. §. 2. ff. quæ sent. sine appell. l. 2. C. quand. prov. non est necess.* v. Lauterbach *h. t.*

DISTINCTIO IV.

Inter *Sententiam* & *rem judicatam*.

S*Ententiæ* nomen à primo statim momento competit pronunciato Judicis, *res judicata* autem tunc demum vocatur, quando fatalia, intra quæ impugnari poterat, elapsa sunt, id est, regulariter post decendium, aut quando sententia ex capite nullitatis impugnari poterat, post triginta annos. Quoad usum nihil aliud adduci potest, quam quod circa *sententiam* adhuc quæstio supersit, *an bene*, *an male illa lata fuerit*, quod fit in Leuteratione, appellatione, restitutione, revisione, supplicatione, &c. at vero intuitu *rei judicatæ* nihil am-

plius disquiritur, quam *an ita pronunciatum fuerit*? Quemadmodum enim de Legibus earumque qualitate non licet disputare subditis, ita nec Partibus de qualitate rei judicatæ, unde dicitur, das Urtheil habe die Krafft Rechtens beschritten / & quod res judicata ex nigro album & ex albo nigrum faciat. Quamvis vero B. Brunnem. *ad l. 36. ff. fam. hercisc. n. 7.* pie moneat, rem judicatam esse vinculum juris civilis quod non stringit in conscientia & *ad l. 28. ff. de condict. indeb. n. 7. & 8.* item *in jur. Eccles. lib. 1. l. 6. membr. 1. §. 19.* fore, ut in futuro seculo omnis res judicata rescindatur; in foro tamen externo aliquis compelli non potest, ut a commodo, quod ex re judicata habet, iterum discedat.

LIB. XLII. TIT. II.

De Confessis.

DISTINCTIO I.

Inter Confessionem *in jure* & *in judicio* factam.

Distinctio hæc, ut quilibet primo intuitu advertit, ex moribus Romanorum & distincto apud eos officio Prætoris & Judicis pedanei profluit. Et ergo, quia talis offi-

officiorum diversitas apud nos non amplius in usu est, usum quoque habere non potest. Volunt quidem communiter DD. ne nihil hic dixisse videantur, dictam distinctionem ita applicare, ut confessio *in jure* apud nos sit, *quæ ante litem contestatam*; *in judicio* autem, *quæ post eam* facta est; verum hoc male applicari puto. Experientia enim quotidiana testatur, quod sive ante, sive post L. C. fiat confessio a Reo, indistincte tamen decreto aliquo, aut quod hic eodem recurrit, sententia opus sit, quia una eademque persona utroque tempore cognoscit, cujus utrobique etiam eadem est potestas.

DISTINCT. II.
Inter Confessionem *judicialem* & *extrajudicialem*.

HIc in effectu nihil interesse puto, nisi quod *confessio judicialis facilius probari possit, quam quidem extrajudicialis*, quod ubique ita sese habet, quotiescunque judicialia extrajudicialibus opponuntur. Quamvis vero *extrajudicialem* confessionem semiplenæ tantum probationi effectum tribuant nonnulli, v. Struv. *S. J. C. Exerc. 44. th. 25.* nisi acceptata fuerit ab adversario, Zœsius *ad h. t. n. 15.* Schöpffer *Synops. jur. h. t. n. 10.* Rectius tamen adstruere videtur Lauterbach *h. t.* illam effectum plenarium habere etiam sine acceptatione, *modo alias plene*

probari possit, scriptura, vel testibus. Non obstat *l. 58. §. f. ff. de Ædil. Edict.* ad quam provocat Struvius. Casus enim ibi erat de confessione servi, qui se jam ante venditionem fugitivum fuisse confitebatur, & quæstio exinde oriebatur: an actio redhibitoria *contra dominum priorem vendentem ex confessione servi venditi* locum haberet? quam recte negat JCtus, nobis autem in præsenti sermo est de eo casu, *si ex confessione propria contra ipsum confitentem* actio instituitur.

Itidem non obstat *c. fin. X. de success. ab intest.* ad quod porro provocat Struvius *loc. cit.* Ibi enim Abbas confessus erat, alterum obtulisse bona sua monasterio, & ergo quæstio instituebatur, *an confessio in causa quodammodo propria nobis proficere & plenam probationem pro nobis facere posset?* quod recte negatur in *d. c.* at vero nos quærimus: *an confessio nobis nocere & plenam probationem contra nos facere possit?* quam quæstionem nemo jure negare poterit. Tu saltem hic observa, benevole Lector, ita sæpe a DD. etiam celebribus, adferri Leges & Canones ex utroque jure, qui tamen ipsis magis obsunt, quam prosunt, unde non statim metuendus est allegationum cumulus.

DISTINCTIO III.
Inter Confessionem *veram* & *fictam*.

F*icta* confessio ex continuata contumacia provenit, v. g. si documentum in contumaciam

maciam pro recognito habetur, vel in Saxonia lis pro affirmative conteſtata accipitur, unde formula citandi apud Saxones, daß Beklagter *sub pœna confeſſi & convicti* ſich auff die erhobene Klage einzulaſſen/ und zu antworten ſchuldig. *Vera* vel ex verbis alterius, vel ex liquidis factis provenit.

Quoad *cauſas quidem civiles* inter utramque confeſſionem non deprehenditur differentia, ſed executio tam contra illum, qui ficte, quam qui vere confeſſus eſt, decernitur: adeſt tamen uſus hujus diſtinctionis quoad *cauſas criminales*, quippe in quibus condemnatio quidem *ex confeſſione vera* fieri poteſt, modo de corpore delicti conſtet, *v. l. 1. §. f. ff. de quæſtion.* nunquam autem *ex ficta*, quippe quæ non eſt luce meridiana clarior, qualis in criminalibus requiritur.

Lib. XLII. Tit. IV. & V.

Quibus ex causis in possessionem eatur, & De rebus autoritate Judicis possidendis vel vendundis.

DISTINCTIO I.

Inter Missionem ex *primo* & *secundo decreto*.

JUxta communem D D. explicationem *Missio ex primo decreto* decerni solet *ob solam contumaciam alterius*, ut scilicet tædio compossessionis adfectus, veniat responsurus, sive pariturus: ast *missio ex secundo decreto* nunquam fit *sine pravia causa cognitione*, *sed meritis causa perspectis & excussis* demum decernitur, v. Lauterbachium, Wesenbecium, Struvium, aliosque passim *ad h. t.*

Prior nudam custodiam tribuit, seu jus composfidendi, & ergo etiam in bona furiosi, pupilli & similium fieri potest; sed *posterior* jus dominii in casu de damno infecto, in reliquis autem jus vendendi & subhastandi bona debitoris tribuit, *v. cit. DD.* & ergo in bona eorum,

eorum, qui ſub tutela, vel cura adhuc ſunt conſtituti, fieri nullo modo poteſt.

Ita de jure Romano ſecundum DD. opinionem. Sed quæritur quid hodie in praxi obtineat? Sane quemadmodum non improbabilis eſt eorum opinio, qui aſſerunt, diſtinctionem inter miſſionem ex primo & ſecundo Decreto juxta LL. Romanas abſtrahendo a DD. opinione nullibi, niſi in caſu damni infecti, eſſe fundatam & in reliquis cauſis ex uno eodemque Prætorio Edicto & bona poſſeſſa & vendita fuiſſe, v. Schiffordegher *ad Ant. Fabr. de error. Pragmat. lib. 1. tract. 7.* Dn. Lic. Cellarius, adfinis noſter conjunctiſſimus, *in Diſp. inaug. de Proceſſ. jur. Rom. antiqu. cap. 3. num. ult.* cui quæſtioni theoreticæ tamen in præſenti non immorabimur: ita quoque aſſerere nullus dubito, miſſionem ex primo & ſecundo decreto in foris Germaniæ nunquam receptam & frequentatam fuiſſe, cum ad coercendam contumaciam alia apud nos remedia adhiberi ſoleant, v. g. multæ indictio, perſonæ prehenſio, pignorum captio, unde ea miſſio, quæ apud nos poſt præcedentem rem judicatam decernitur, licet facultatem ſubhaſtandi & vendendi bona debitorum Creditoribus tribuat, ex ſecundo tamen decreto dici nequit, quia primum non præceſſit.

Jure Saxonico quidem Executio varios actus in ſe continet, nempe *executionem in ſpecie talem & immiſſionem*, de quibus fuſe agit

Svvendendörff. *in not. ad Fibig. c. 2. §. 24.* sed si quis eos cum distinctione inter primum & secundum decretum comparare vel plane exinde deducere vellet; is eodem defectu judicii laboraret, quam alii, qui disputant, an arrestum Saxonicum pignus prætorium, an judiciale tribuat, cum revera ad neutrum referri possit.

Lib. XLII. Tit. VI.
De Separationibus.

DISTINCTIO I.
Inter *veram* & *quasi* Separationem.

Quasi *Separationem* jam supra descripsimus *lib. XIV. Tit. IV. pag. 10.* quod scilicet hodie ad eum casum pertineat, si quis mercator plures tabernas habet & aliquis hujus, alter alterius intuitu speciatim credidit, & quod tunc quilibet quoad bona in illa taberna reperta, cujus intuitu contraxit, orto concursu Creditorum præferatur reliquis, qui aliarum tabernarum intuitu crediderunt.

Pertinet tamen ad *quasi separationem* etiam ille casus, si venditor vel ante, vel in ipsa traditione *hypothecam in re vendita sibi reservavit*, qui omnibus reliquis etiam hypothecam genera-

neralem anteriorem in Debitoris bonis habentibus præfertur, Carpzov. *P. 1. Const. 28. Def. 20.* Item *Creditores, qui intuitu peculii castrensis crediderunt*, possunt ejus peculii separationem petere a reliquis bonis & propterea præferuntur aliis Creditoribus, qui filio ante militiam crediderunt, *l. 1. §. 9. ff. h. t.* Brunneman. *Proc. Conc. Cred. cap. 5. §. 13. ibique* B. Stryk *in not.*

Vera separationis beneficium datur in eo casu, quando e. g. pater & filius brevi tempore unus post alterum mortuus, uterque autem maximum æris alieni cumulum post se reliquit, tunc scilicet Creditores patris, quando vident, bona filii propriis ipsius Creditoribus non sufficere, separationem utriusque massæ bonorum hereditariorum petere possunt, *v. l. 1. §. 1. & t. t. ff. d. separat.* ita tamen, ut hoc intra quinquennnium post aditionem numerandum fiat, & bona non sint ita commixta & confusa, ut separari plane non possint, *d. l. 1. §. 12. & 13. eod.*

Introductum est hoc beneficium *in gratiam Creditorum chirographariorum*, quibus enim hypotheca a Patre constituta fuit, illi quoque absque eodem creditoribus filii præferuntur, nisi forsan Creditores filii sint privilegiati, v. g. impensæ funeris, dos uxoris, mercedes famulorum, &c. nam & tunc creditoribus paternis hypothecariis hoc beneficio opus est, nisi velint, ut bona ab ejusmodi Creditoribus filii sibi

sibi præripiantur, vid. Brunneman. *l. c.* §. *12. ibique not.* add. Einleit. zum Concurs-Proceß *cap. 11.*

LIB. XLII. TIT. VII.

De Curatore bonis dando.

DISTINCTIO I.

Inter Curatorem *bonorum* & *minoris*, *furiosi* &c.

AD Curam *minoris*, *furiosi*, *prodigi*, &c. *invitus aliquis compellitur*, nisi justas & in LL. approbatas causas habeat, quia illa cura est munus publicum, *pr. J. de excus. Tutor.* quod in *Cura bonorum* secus, *l. 2. §. 3. ff. h. t.* unde etiam curatores minorum gratis administrant, non vero curatores bonorum.

Minores &c. habent tacitam hypothecam in bonis Curatorum suorum, *l. 20. C. de admin. tutor.* non autem *Creditores* in bonis Curatoris bonorum, nec *absentes*, nec *ab hostibus capti*, nec *heredes scripti de adeunda hereditate deliberantes*, quorum vice Curator interim bona administrat, *v. l. 19. §. 1. l. 20. l. 21. & l. 22. ff. de reb. aut. jud. possid.*

In eo tamen convenit utraque cura, quod inventarium sit conficiendum, satisdatio præstanda & jurandum de fideli bonorum administra-

nistra-

nistratione, Lauterbach *Comp. jur. h. t.* quamvis hodie plerumque juramentum nec a minorum, nec a bonorum Curatoribus exigi, sed Judex nuda promissione contentus esse soleat.

Sed utrum etiam in quæstione: *quinam Curator esse possit*, ab una cura ad alteram valebit consequentia? *In dubio*, inquit Lauterbach *l. cit. valet argumentum ab illo* (minoris) *Curatore ad hunc*, (curatorem bonorum) *nisi ratio, vel juris dispositio obstet, quod sit e. g. quod Creditorum aliquis hic esse possit Curator, l. 2. §. 4. h. t.* Hactenus bene. Sed ea non videntur adeo cohærere, quæ paulo ante adducuntur, *quod scilicet nec minor, nec mulier curam bonorum gerere valeat.* Nam quod textus adductos attinet, *l. 9. ff. de curat. furios. l. f. ff. de tutel. l. f. C. de legit. tut.* in illis nihil reperitur, ex quo assertum Lauterbachii stabiliri possit. Sed tamen ad identitatem rationis provocat Lauterbachius. Imo potius ego ad disparitatem provocarem. Minores, furiosi, prodigi & similes non gaudent ipsi judicio discretivo, ut sibi curatores constituere possint, & ergo quia constitutio ab aliis fieri debet, ab his tales personæ sunt constituendæ, quæ optime rebus minorennium præesse possunt, alias enim ad rationes reddendas obstringerentur constituentes, *quod minori, furioso, &c. tanquam tertio præjudicium intulerint* per negligentiam suam: at vero Creditores ipsi Curatorem bonorum sibi eligunt,

gunt, unde ipsis quoque liberum, qualem personam, an idoneam, an minus idoneam huic officio præficere velint, quis enim dubitaret, *Creditores sibi ipsis præjudicium inferre posse?* Convenit praxis cum nostra opinione, ubi haud raro viduæ debitoris administratio bonorum conceditur, vid. Brunnem. *de Proc. Conc. Cred. c. 1. §. 11.*

DISTINCTIO II.

Inter *Curatorem bonorum* & *Contradictorem.*

Diversa hæc officia in Processu concursus Creditorum locum suum inveniunt. Scilicet *Curator bonorum* bona ad massam debitoris pertinentia administrat, fructus colligit, omniaque reliqua vice debitoris expedit, uno verbo: *œconomiæ est præpositus*; at *Contradictor* nomine Debitoris absentis, vel mortui, instrumenta a Creditoribus producta recognoscit, & exceptiones pro re nata iisdem opponit, & sic *Processus curam gerit.* Sæpius tamen officium Curatoris bonorum & Contradictoris in una eademque persona concurrit, præsertim si bona ad concursum spectantia non adeo ampla sunt, ut eorum administratio integrum hominem requirat, *v. loc. cit.* §. *10.* conf. Einleit. zum Concurs-Proceß *c. 4. tot.*

LIB. XLIII. TIT. I.

De Interdictis, ſive extraordinariis actionibus & quæ pro his competunt.

DIST. I.

Inter *interdicta* & *actiones* (ordinarias.)

HÆc duo ab invicem quam accuratisſime diſtinxiſſe, multum refert. Scilicet in *interdictis* ſolummodo ad *poſſeſſionem* provocatur, ea loco medii termini in libello ponitur & in conceptione ſententiæ non rei, ſed poſſesſionis reſtituendæ mentio injicitur, quæ omnia in *actionibus* ſecus ſe habent, ubi ſtatim in libello ad *jus* provocatur & de eo per integrum Proceſſum diſputatur.

Deinde in Interdictis, *proceſſus non ita eſt prolixus*, prout quidem in actionibus. Ita communiter. Sed non abſque juſta cauſa quæritur, in quonam hoc demum ſeſe exſerat, cum in compendiis communiter altum de eo ſit ſilentium. Puto, totam rem ad hæc duo puncta recurrere: (I.) *in actionibus quæcunque exceptiones admittuntur*, etiamſi altioris indaginis ſint, unde ſi v. g. hereditatis petitionem inſtituo, Reus autem opponit, rem aliquam in hereditate repertam non pertinuiſſe ad defun-

ctum,

ctum, & ad testes provocat, expectandum est examen testium & antequam super depositione ab ejusmodi testibus facta cognovit Judex, ad sententiam definitivam non devenitur, quamvis aliquot anni prætereant. E contrario autem *in interdictis nullæ admittuntur exceptiones, nisi quæ in continenti, id est, per instrumenta, vel per jurisjurandi delationem probari possunt*, reliquæ ad reconventionem rejiciuntur, *v. l. ult. C. quor. bon.* Menoch. *remed. adipisc. poss. remed. 1. num. 103.*

(II.) *In actionibus admittuntur contra sententiam prolatam quæcunque remedia suspensiva*, sive ea sub nomine appellationis, Leuterationis, Revisionis, sive quocunque alio veniant; sed vero *in Interdictis remediis ejusmodi suspensivis locus plane non datur*, quod enim in illis amittitur, id facile deinde per petitorium, vel si mavis, per reconventionem reparari potest, conf. B. Stryk *de act. forens. invest. sect. 2. membr. 3. §. 9.* Einleit. zum Civil-Proceß *c. 1. §. VI. seqq.*

DISTINCTIO II.

Inter interdicta *adipiscendæ*, *retinendæ* & *recuperandæ possessionis*.

Usus duplex est. Interdicta *retinendæ* possessionis cum judicio petitorio nunquam cumulari possunt, quoniam hoc contradictionem manifestam involueret, fundare se in possessione & tamen rei restitutionem simul petere.

tere. Sed quid de interdictis *adipiscendæ, vel recuperandæ possessionis?* De jure Canonico juxta *c. 3. & seqq. X. de caus. poss. & propr.* ut & de praxi cumulationem fieri posse concedit Lauterbach *Comp. jur. h. t.* de jure Civili autem negat per *l. 1. C. de appell.* sed illa lex ei ne minimum quidem patrocinatur. *Prius de possessione pronunciare & ita crimen violentiæ excutere Præses Provinciæ debuit: quod cum non fecerit, juste ab eo provocatum est*, hæc sunt verba citatæ legis, ergo, infert Lauterbach, cumulatio interdicti recuperandæ possessionis cum petitorio non est permissa, sed quis hoc ex allegatis verbis inferret? Non obscure potius ex lege colligitur, Actorem egisse interdicto unde vi; Reum autem de dominio excepisse & Judicem neglecto illo interdicto de dominio cognoscere voluisse, quo ipso maximum actori præjudicium inferebatur. Sed quid hoc ad casum, si Actor utrumque remedium simul cumulat? Alii aliter statum controversiæ ex *d. l. 1.* formant, de quibus vid. Brunnemann. *Comm. ad eand.* sed horum sententia, quamvis nobis non contradicat, minus tamen accurata esse videtur.

Deinde *Interdictum retinendæ possessionis adhuc favorabilius est, quam reliqua.* Vocatur enim *summariissimum*, quod prædicatum reliquis, quantum ego quidem memini, nullibi adsignatur. Et hoc nec libellum requirit, nec litis contestationem, nec solennem probatio-

H nem,

nem, nec ordinariam etiam sententiam, sed quam primum Actor quocunque modo possessionem suam demonstravit, Judex quoque per modum nudi mandati (manutenentiæ vocant aliqui) integram causam definire potest. In reliquis autem Interdictis consvetus Processus observatur, duobus illis solum exceptis de quibus modo dictum, scilicet ratione exceptionum altioris indaginis & beneficiorum suspensivorum.

DISTINCTIO III.

Inter Possessorium *summarium*, *possessorium ordinarium* & *petitorium*.

DE modo procedendi in possessorio *summario* (*summariissimo* & *momentaneo*, prout alias etiam vocatur,) jamjam ad *Dist. prec.* diximus. Hoc nunc addendum erit, quod in eodem de hisce duabus quæstionibus solum agatur: (1.) *an quis possideat?* & (2.) *quis juniorem & præsentem possessionem habeat?* ex quarum quæstionum decisione leviusculum saltem & momentaneum præjudicium in alterum, contra quem pronunciatur, redundat, unde profluit, quod exceptiones contra personas & dicta testium hic non admittantur, sed recta via ad decisionem causæ progrediatur Judex, v. Menoch. *de retin. poss. remed. ult. n. 6.* Gail. *1. obs. 17.* Cludius *rer. quotid. cap. 7. seq.* Posthius item

item Pfannkuch *in pecul. tract. de possessorio summarissimo.* Struv. *S. J. C. Ex.* 45. *th.* 173.

In *possessorio ordinario* hæ quæstiones ventilari consveverunt: (I.) *quomodo quis possideat*, an vi, clam, precario, an juste? (2.) *quis in antiquiore possessione constitutus deprehendatur*? & hic libello, litis contestatione & plenis probationibus opus est, nec ratione modi procedendi ulla inter hoc possessorium & judicium petitorium adesse videtur differentia, Gail. 1. *obs.* 7. *n.* 2. Struv. *loc. cit.* unde provenire existimo, quod sæpe litigantes posthabito illo statim ad petitorium sese conferre soleant.

In *petitorio* autem de *titulo possessionis* disquiritur, v. g. an aliquis jure emtionis, donationis, investituræ, &c. ea re vel jure utatur. Et hoc petitorium effectum perpetuum tribuit, possessoria autem, sive summarium, sive ordinarium nomines, ad tempus saltem prosunt illi, in cujus gratiam sententia fertur. Potest tamen fieri, ut interdum etiam in hoc petitorio *de possessione* disputetur, de tali scilicet, quæ titulum producit, id est, quando quis tamdiu jam se in possessione fuisse asserit, ut *per præscriptionem* nunc tutus esse queat. Hoc ergo petitorium nihil aliud est, quam in corporalibus rei vindicatio, in incorporalibus actio confessoria, &c.

Reliquæ distinctiones, quæ sub hoc titulo occurrere solent, v. g. inter interdicta *realia & personalia*; inter *simplicia & duplicia*; inter

H 2 pre-

prohibitoria, restitutoria, exhibitoria & mixta, &c. nullam in praxi utilitatem præstare videntur, & hoc eo minus quidem, quo ipsi DD. quoad explicationem nonnullorum, in specie interdictorum realium & personalium, nondum in theoria inter se conveniunt, vid. quæ adducit Lauterbach. *Comp. iur. h. t.*

LIB. XLIII. TIT. XIIX.

De Superficiebus.

DIST. I.

Inter *Emphyteusin* & *superficiem*.

CUm de differentia genuina inter duas has dominii utilis species pauca communiter, ea tamen adhuc paululum obscure tradi soleant, operæ pretium esse duxi, ut nonnulla hic de ea materia breviter adferrem.

Illud apud omnes fere deprehendes: *superficiarium superficiei quasi dominum esse, in ipso autem fundo nullum ius ei competere*, quo tamen gaudet emphyteuticarius, ad quem utrumque, & superficies & ipse fundus, pertinet.

Item: *superficiarium* solvere quotannis *solarium* den Grund / sive Bodenzinß / *emphyteuticarium* autem *canonem*, den Erbzinß.

Lauterbachius etiam in *Comp. iur. h. t.* superfi-

perficiei jus juxta omnes caufas, juxta obje-ctum, fubjectum, effectum, contraria, & quæ funt ejusmodi bellaria alia, follicite refolvit; fed perlege omnia-hæcce & tunc refponde, quid folatii exinde tibi obvenerit.

Deprehendit hunc defectum Dn. Beyer *Pofit. ff. h. t. ab init.* & ergo, ut differentiam inveniret inter emphytevfin & fuperficiem, nonnullas conjecturas in medium profert, fcilicet *emphytevfin ad folos agros, hortos, &c. fuperficiem vero ad fola ædificia pertinere*, add. Struv. *Jpr. R. G. F. l. 2. tit. 12. §. 19.* item, *emphytevfin quondam ad folos fundos publicos, ius fuperficiarum autem ad fundos privatos pertinuiffe*; fed ex hisce etiam conjecturis parum folatii oritur. Quis enim dubitaret, quin emphytevfis etiam ad ædificia pertineat? & pofito, non conceffo, quod emphytevfis olim ad folos fundos publicos pertinuerit, quid hoc ad nos, fcire enim volebamus, quænam hodie posfit dari differentia inter emphytevfin & fuperficiem? quæ ipfe agnofcit Dn. Beyer, unde & fequentia verba addit: *ea vero* (fcilicet emphytevfi) *ad privatos extenfa, quæ differentia præter obiectum fuperfit, hucusque ignoro*, item paulo ante: *fe malle diftincte oftendi, quomodo ius fuperficiarium ab emphytevfi in effectu differat.*

An ergo & nos ignorabimus? Non quidem aliis prudentiores fumus, fed tentare tamen licebit, annon & nobis conjectura fuperfit, ex qua rei aliquod lumen accedere posfit.

Scilicet putamus DD. recte asserere, *quod superficiarius quasi Dominium superficiei, Emphyteuticarius autem ipsius fundi habeat*, sed hoc saltem desideramus, ut res subjuncto exemplo aliquo clarior reddatur. Ergo superficiem ab emphyteusi *intuitu emolumentorum* differre existimamus. Emphyteuticarius omnia commoda percipit, sive ex superficie, sive ex fundo proveniant, sed superficiarius ea saltem, quæ superficies profert. Hinc si thesaurus inveniatur, si metallifodina, si salinæ detegantur, hæc omnia quidem ad emphyteuticarium pertinebunt, quia *in fundo* fuerunt, minime autem ad superficiarium, quia *ex superficie* non proveniunt. Superficiario enim hoc saltem licitum est, ut in superficie ædificare, plantare, serere, &c. & ex hac inædificatione, plantatione & insitione commodum percipere possit, quæ autem *in fundo latent*, ad ipsum plane non spectant, unde emphyteuticarii conditio hoc intuitu potior est, vid. Bitschius *de thesaur. c. 8. §. 143.*

Denique & hæc notabilis admodum est differentia, *quod emphyteusis quidem ob canonem intra triennium non solutum amittatur, non autem superficies.* Quamvis enim Struvius *Jurispr. Rom. Germ. l. 2. tit. 13. th. 13.* & alii etiam contrarium sustineant & superficiem pariter ut emphyteusin intra dictum tempus ob non solutum solarium amitti putent; ipsis tamen hæc in analogia juris Romani fundata regula obstat: *quod*

quod quotiescunque certa pœna in L L. expressa non est, toties solummodo ad interesse agi debeat.

Lib. XLIII. Tit. XX.

De Aqua quotidiana & æstiva.

DISTINCTIO I.

Inter Aquam *quotidianam & æstivam.*

QUomodo quoad conceptum differant, exprimit Ulpianus in *l. 1.* §. *3. ff. h. t. Quotidiana*, inquit, *ab æstiva usu differt, non jure. Quotidiana ea est, quæ duci assidue solet vel æstivo tempore, vel hyberno; æstiva autem ea est, qua æstate sola uti expedit*, v. g. ad irrigandos hortos, & computatur æstas ab æquinoctio verno usque ad æquinoctium autumnale, ut sic senis mensibus æstas atque hyems dividatur, *d. l. 1. 1.* §. *32. h. t.*

Usum in eo ponit Lauterbach *h. t.* quod *in Interdicto de aqua quotidiana* hoc saltem ratione fundamenti agendi probandum sit, actorem in anno ante judicium acceptum hac servitute usum fuisse, *etiam unico die vel nocte*, *l. 1.* §. *4. ff. h. t.* In interdicto *de aqua æstiva* autem requiri usum *per sex menses* prioris æstatis, *l. 1.* §. *31. eod.* Verum enim vero si inspicimus *d.* §. *31.* tunc in eo non deprehendimus, quod JCtus *usum continuum per sex menses requi-*

rat,

rat, sed hoc saltem, actorem probare debere, quod præcedente æstate in possessione vel quasi fuerit, opposuit enim æstatem hyemi, & hoc nihil proficere dixit, licet probare queam, me præcedente hyeme usum fuisse.

Ergo nulla alia differentia remanebit, quam hæc: *Quemadmodum in interdicto de aqua quotidiana probandum, quod actor præcedente anno aliquando, licet unica die vel nocte, servitute aquæductus usus sit: Ita in Interdicto de aqua æstiva probari oportet, quod præcedente æstate aliquando, licet unica die vel nocte, eundem usum actor habuerit.*

LIB. XLIV. TIT. I.

De Exceptionibus, Præscriptionibus & Præjudiciis.

DISTINCTIO I.

Inter Exceptionem *Juris sive actionis* & *facti sive intentionis*.

UT accurate hic procedamus, ante omnia monendum est, per exceptionem facti nos non intelligere *nudam negationem intentionis actoris*, sed *affirmationem novi facti*, quam inficiationem prægnantem dicunt. Si enim vocabulum *exceptionis* etiam de ejus-

modi

modi nuda negatione prædicaretur, apertæ exinde *negativæ litis contestationis* & *exceptionis* (rerum diversissimarum) confusio proflueret, (v. omnino Hilliger *ad Donell. l. 22. c. 1. lit. D.*) & tunc locum haberet, quod asserit Hahn *ad Wesenb. h. t. num. 2. voc. excipere, quod scilicet divisio illa, qua DD. exceptiones in iuris, seu iuris agendi, & facti sive intentionis dispescunt, non sit generis in species, sed vocabuli æquivoci in sua æquivocata*, addita ratione, *quoniam exceptiones facti non sunt proprie exceptiones, seu exclusiones actionis, sed vere negationes.* Ergo hic statim ab initio supponimus, exceptionem facti non consistere in nuda negatione, sed affirmationem simul involvere.

Sed quæritur nunc, quænam inter exceptiones juris & facti intercedat differentia? Communiter ita dicere solent DD. *Exceptio facti* est, quando quis nullam actori competere actionem affirmat: *exceptio juris* autem, quando quidem fatetur Reus, summo jure actori eandem competere, sed tamen illam per aliquam allegationem (tanquam iniquam) differri, vel excludi subjungit, vid. Brunnemann. *Proc. Civ. c. 7. num. 1.* Lauterbach *Comp. Jur. h. t. ab init.* Struv. *S. J. C. Exerc. 46. thes. 4.* & alios plurimos, qui tamen in omnibus etiam inter se non conveniunt. Possem hic late excurrere & diversas interpretum definitiones corradere, sed scopus meus hoc non patitur, unde missis aliorum opinionibus illud saltem

breviter adducam, quid ego de hac distinctione sentiam & primo quidem, quomodo eandem mihi concipiam.

Ita autem procedendum esse videtur. Defensiones Reorum apud Romanos vel descendebant *ex jure antiquo civili*, vel ex postfacto demum *à Prætore* introductæ erant. Ex hac differentia inter jus civile & Prætorium simul etiam fundamentum distinctionis nostræ præsentis deducitur. Scilicet, si Reus se in æquitate juris Prætorii fundat, pro actore autem jus subtile vetus militat, tunc exceptio à Reo opposita *juris* vocari consvevit, id est, Reus dicit: *Tibi quidem jus aliquod strictum, summum & subtile competit, in quo actionem tuam fundare potes, sed illud jus est contra æquitatem*, ego itaque tibi exceptionem *juris*, id est, *juris subtilis* oppono. Hic ergo Actor *aliquem prætextum* habet.

Quod si vero actor ne quidem jus vetus subtile pro se allegare queat, & sic *nullum prætextum* instituendi actionem habeat, tunc exceptio *facti* vocatur, id est, Reus dicit: *Tibi nullum plane jus competit, sed tuam actionem de facto contra me instituis.*

Si dubitas, utrum hæc mea explicatio ad sensum juris Romani quadret, evolve *pr.* §. *1. & seqq. usque ad* §. *6. J. de except.* in quibus nonnullæ exceptionum species referuntur, quæ omnia ad exceptiones *juris* pertinent. Scilicet deprehenditur ibi exceptio *metus, doli,*

pacti,

pacti, iurisiurandi, rei iudicatæ &c. & toties quoties repetitur, quod quamvis metus, dolus, pactum, &c. intervenerit, nihilominus tamen adhuc competat actio *ipso iure* (*v. §.5. J. d. t.*) sed quod simul tamen iniquum sit, reum eo nomine condemnari & propterea huic ejus intuitu exceptio concedatur.

Res ex comparatione fiet clarior. Sic *acceptilatione* non solum, sed & *nudo pacto* tollitur obligatio, sed utrumque tamen medium tollendi obligationem non est ejusdem naturæ. Scilicet, si debitum *acceptilatione* tollitur, tunc Creditor ne minimum quidem prætextum retinet, quo uti posset, si debitum hoc modo remissum nihilominus adhuc petere vellet, acceptilatio enim est modus tollendi obligationem Legibus civilibus veteribus jam approbatus, unde & obligationem ipso jure tollere dicitur, vid. Jul. Pacius *in anal. J. ad rubr. tit. quib. mod. oblig. toll.* ergo exceptio acceptilationis ad exceptiones *facti* referenda erit, id est, post acceptilationem Creditor de mero facto debitorem convenit. Contrarium in remissione debiti per *nudum pactum* facta obtinet. *Debitor*, (sunt verba §.3. *J. de Except.*) *si pactus fuerit cum Creditore, ne à se pecunia peteretur, nihilominus obligatus manet, quia pacto convento obligationes non omnino dissolvuntur, qua de causa efficax est adversus eum actio, quam actor intendit, si apparet eum dare oportere; sed quia iniquum est, contra pactionem eum condemnari, defenditur*

funditur per exceptionem pacti conventi. Ergo exceptio pacti ad exceptiones juris referenda erit, id est, Creditor post illud pactum adhuc aliquid juris retinet, & sic de mero facto debitorem non convenit, v. Pacius *loc. prox. cit.*

Sic si quis *in contractu b. fidei dolo* adversarii deceptus fuerit, exceptio eo nomine decepto competens, *facti* appellabitur, quia nec leges Romanæ subtiles Creditori hoc casu adsistunt, sed contractum invalidum pronunciant, *v. l. 16. §. 1. ff. de minor.* At si *dolus in contractu stricti iuris* admissus, secundum jus subtile vetus contractus subsistit, (v. quæ diximus ad *tit. de dolo malo*) æquitati tamen repugnat & sic exceptio *iuris* conceditur, *v. l. 36. ff. de V. O. ibique Gothofredum in notis.*

Hæc pro explicanda distinctione præsenti adduxisse sufficiat. Ceterum vero quod usum practicum attinet, omnino nullum hic adesse puto, nisus autoritate Pauli, qui, licet admodum subtilis alias fuerit, suo tamen jam tempore ingenue fassus est in *l. 112. ff. de R. J. nihil interesse, ipso iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur.* Quemadmodum enim exceptiones juris in judicio allegandæ, ita quoque exceptiones facti. Et hæ & illæ ab allegante sunt probandæ, modus etiam opponendi non minus quam tempus, quo in Processu opponuntur, in omnibus conveniunt, & ergo, ut duobus verbis me expediam, nihil

nihil remanet, in quo differentia aliqua diversum effectum producens ostendi posset.

Putat equidem B. Brunneman. *Proc. Civ. c. 7. n. 1.* in eo usum aliquem latitare, *ut scilicet sciamus, quæ exceptio per Statuta videatur exclusa*, si nempe Statutum aliquod adsit, quod omnes exceptiones removendas esse jubeat, & in *repetit. paratitl. Wesenbec. h. t. qu. 2.* porro addit, ejusmodi Statutum de exceptionibus proprie sic dictis, id est, prout ex *quæst. præc. 1.* patet, de exceptionibus *iuris* intelligi debere: verum enim vero unde hæc assertio ex jure probari possit, nondum video. Quoniam enim exceptiones juris tali actioni opponuntur, quæ mero jure subtili nititur & iniquitatem aliquam involvit, *v. tit. J. de Except.* non video sane rationem, ob quam Statutum in dubio ejusmodi potius exceptiones iniquitatem tollentes, quam alias, tollere maluerit, unde melius forsan erit, si tale Statutum cum eodem Autore de exceptionibus, quæ in continenti probari non possunt, accipiamus.

DISTINCTIO II.

Inter Exceptiones *nominatas* & *innominatas*.

Nominatæ sunt, quæ certum nomen habent, e. g. solutionis, compensationis, erroris, excussionis, &c. *innominatæ*, quæ eo destituuntur, quo casu ad exceptionem in factum, vel doli

oli generalem recurritur, inter utramque tamen in effectu nihil interest.

DISTINCTIO III.

Inter Exceptiones *Prætorias* & *civiles*.

NEque hic apparet usus aliquis. Quicquid enim de exceptionibus, quæ ex jure civili oriuntur, v. g. solutionis, SCti Macedoniani, Vellejani, &c. prædicari potest, illud eodem modo etiam ad Prætorias, v. g. doli, metus, pacti, rei judicatæ &c. pertinet.

DISTINCTIO IV.

Inter Exceptiones *dilatorias* & *peremtorias*.

HIc usus in eo sese exerit: *Exceptiones dilatoriæ ante litem contestatam regulariter in judicio opponi debent, peremtoriæ autem post eandem.*

Exceptio est quoad *dilatorias*, quod post litis contestationem adhuc opponi queant, si post eam demum ortæ, aut Reus eas ignoraverit, quod juramento est asserendum, aut judicium nullum reddant, v. g. exceptio legitimationis, aut gravamen successivum respiciant, v. g. loci non tuti, termini nimis angusti &c. quoad *peremtorias* autem, quod hæc illo

casu

casu ante litis contestationem opponi possint, si in continenti sint liquidæ, de qua regula & exceptionibus fuse agit non solum Lauterbach *Comp. Jur. h. t.* sed & DD. communiter *ad h. t.* v. in specie B. Stryk *introd. ad prax. Cap.* 9. §. 2. & 3. & c. 16. §. 1. & 2.

DISTINCTIO V.

Inter Exceptiones *personales* & *reales.*

PErsonales, v. g. competentiæ, fori privilegiati, cessionis bonorum, &c. nec heredibus excipientis prosunt, nec ejus fidejussoribus, sed soli excipienti; *reales* e contrario ad hos omnes quoque pertinent, v. g. exceptio solutionis, compensationis, metus, doli, &c. *l. 7. ff. h. t.* Addit adhuc tertiam speciem, exceptionem *mixtam* scilicet, Lauterbach *h. t.* & eo refert exceptionem restitutionis ex causa ætatis, quæ in eo à realibus recedit, quod ad heredes quidem transmittatur, non tamen fidejussoribus competat, nisi læsio dolo adversarii minorenni illata fuerit, *v. l. 13. pr. ff. de minor.* & *l. 1. & 2. C. si advers. fideiussor.*

LIB.

Scilicet putamus DD. recte asserere, *quod superficiarius quasi Dominium superficiei, Emphyteuticarius autem ipsius fundi habeat*, sed hoc saltem desideramus, ut res subjuncto exemplo aliquo clarior reddatur. Ergo superficiem ab emphytevsi *intuitu emolumentorum* differre existimamus. Emphyteuticarius omnia commoda percipit, sive ex superficie, sive ex fundo proveniant, sed superficiarius ea saltem, quæ superficies profert. Hinc si thesaurus inveniatur, si metallifodina, si salinæ detegantur, hæc omnia quidem ad emphyteuticarium pertinebunt, quia *in fundo* fuerunt, minime autem ad superficiarium, quia *ex superficie* non proveniunt. Superficiario enim hoc saltem licitum est, ut in superficie ædificare, plantare, serere, &c. & ex hac inædificatione, plantatione & insitione commodum percipere possit, quæ autem *in fundo latent*, ad ipsum plane non spectant, unde emphyteuticarii conditio hoc intuitu potior est, vid. Bitschius *de thesaur. c. 8.* §. *143.*

Denique & hæc notabilis admodum est differentia, *quod emphytevsis quidem ob canonem intra triennium non solutum amittatur, non autem superficies.* Quamvis enim Struvius *Jurispr. Rom. Germ. l. 2. tit. 13. th. 13.* & alii etiam contrarium sustineant & superficiem pariter ut emphytevsin intra dictum tempus ob non solutum solarium amitti putent; ipsis tamen hæc in analogia juris Romani fundata regula obstat:

quod

quod quotiescunque certa pœna in LL. expressa non est, toties solummodo ad interesse agi debeat.

LIB. XLIII. TIT. XX.
De Aqua quotidiana & æstiva.

DISTINCTIO I.
Inter Aquam *quotidianam* & *æstivam.*

QUomodo quoad conceptum differant, exprimit Ulpianus in *l. 1. §. 3. ff. h. t.* *Quotidiana*, inquit, *ab æstiva usu differt, non jure. Quotidiana ea est, quæ duci assidue solet vel æstivo tempore, vel hyberno; æstiva autem ea est, qua æstate sola uti expedit*, v. g. ad irrigandos hortos, & computatur æstas ab æquinoctio verno usque ad æquinoctium autumnale, ut sic senis mensibus æstas atque hyems dividatur, *d. l. 1. §. 32. h. t.*

Usum in eo ponit Lauterbach *h. t.* quod *in Interdicto de aqua quotidiana* hoc saltem ratione fundamenti agendi probandum sit, actorem in anno ante judicium acceptum hac servitute usum fuisse, *etiam unico die vel nocte*, *l. 1. §. 4. ff. h. t.* In interdicto *de aqua æstiva* autem requiri usum *per sex menses* prioris æstatis, *l. 1. §. 31. eod.* Verum enim vero si inspicimus *d. §. 31.* tunc in eo non deprehendimus, quod JCtus *usum continuum per sex menses requi-*

 rat,

rat, sed hoc saltem, actorem probare debere, quod præcedente æstate in possessione vel quasi fuerit, opposuit enim æstatem hyemi, & hoc nihil proficere dixit, licet probare queam, me præcedente hyeme usum fuisse.

Ergo nulla alia differentia remanebit, quam hæc: *Quemadmodum in interdicto de aqua quotidiana probandum, quod actor præcedente anno aliquando, licet unica die vel nocte, servitute aquæductus usus sit: Ita in Interdicto de aqua æstiva probari oportet, quod præcedente æstate aliquando, licet unica die vel nocte, eundem usum actor habuerit.*

Lib. XLIV. Tit. I.

De Exceptionibus, Præscriptionibus & Præjudiciis.

DISTINCTIO I.

Inter Exceptionem *Juris sive actionis* & *facti sive intentionis*.

Ut accurate hic procedamus, ante omnia monendum est, per exceptionem facti nos non intelligere *nudam negationem intentionis actoris*, sed *affirmationem novi facti*, quam inficiationem prægnantem dicunt. Si enim vocabulum *exceptionis* etiam de ejusmodi

modi nuda negatione prædicaretur, apertæ exinde *negativæ litis contestationis* & *exceptionis* (rerum diversissimarum) confusio profluеret, (v. omnino Hilliger *ad Donell. l. 22. c. 1. lit. D.*) & tunc locum haberet, quod asserit Hahn *ad Wesenb. h. t. num. 2. voc. excipere*, *quod scilicet divisio illa, qua DD. exceptiones in iuris, seu iuris agendi, & facti sive intentionis dispescunt, non sit generis in species, sed vocabuli æquivoci in sua æquivocata*, addita ratione, *quoniam exceptiones facti non sunt proprie exceptiones, seu exclusiones actionis, sed vere negationes.* Ergo hic statim ab initio supponimus, exceptionem facti non consistere in nuda negatione, sed affirmationem simul involvere.

Sed quæritur nunc, quænam inter exceptiones juris & facti intercedat differentia? Communiter ita dicere solent DD. *Exceptio facti* est, quando quis nullam actori competere actionem affirmat: *exceptio juris* autem, quando quidem fatetur Reus, summo jure actori eandem competere, sed tamen illam per aliquam allegationem (tanquam iniquam) differri, vel excludi subjungit, vid. Brunnemann. *Proc. Civ. c. 7. num. 1.* Lauterbach *Comp. Jur. h. t. ab init.* Struv. *S. J. C. Exerc. 46. thes. 4.* & alios plurimos, qui tamen in omnibus etiam inter se non conveniunt. Possem hic late excurrere, & diversas interpretum definitiones corradere, sed scopus meus hoc non patitur, unde missis aliorum opinionibus illud saltem

 brevi-

breviter adducam, quid ego de hac distinctione sentiam & primo quidem, quomodo eandem mihi concipiam.

Ita autem procedendum esse videtur. Defensiones Reorum apud Romanos vel descendebant *ex jure antiquo civili*, vel ex postfacto demum *à Pratore* introductæ erant. Ex hac differentia inter jus civile & Prætorium simul etiam fundamentum distinctionis nostræ præsentis deducitur. Scilicet, si Reus se in æquitate juris Prætorii fundat, pro actore autem jus subtile vetus militat, tunc exceptio à Reo opposita *juris* vocari consvevit, id est, Reus dicit: *Tibi quidem jus aliquod strictum, summum & subtile competit, in quo actionem tuam fundare potes, sed illud jus est contra æquitatem*, ego itaque tibi exceptionem *juris*, id est, *juris subtilis* oppono. Hic ergo Actor *aliquem prætextum* habet.

Quod si vero actor ne quidem jus vetus subtile pro se allegare queat, & sic *nullum prætextum* instituendi actionem habeat, tunc exceptio *facti* vocatur, id est, Reus dicit: *Tibi nullum plane jus competit, sed tuam actionem de facto contra me instituis.*

Si dubitas, utrum hæc mea explicatio ad sensum juris Romani quadret, evolve *pr.* §. *1. & seqq. usque ad* §. *6. J. de except.* in quibus nonnullæ exceptionum species referuntur, quæ omnia ad exceptiones *iuris* pertinent. Scilicet deprehenditur ibi exceptio *metus, doli,*

pacti,

pacti, iurisiurandi, rei iudicatæ &c. & toties quoties repetitur, quod quamvis metus, dolus, pactum, &c. intervenerit, nihilominus tamen adhuc competat actio *ipso iure* (*v. §.5. J. d. t.*) sed quod simul tamen iniquum sit, reum eo nomine condemnari & propterea huic ejus intuitu exceptio concedatur.

Res ex comparatione fiet clarior. Sic *acceptilatione* non solum, sed & *nudo pacto* tollitur obligatio, sed utrumque tamen medium tollendi obligationem non est ejusdem naturæ. Scilicet, si debitum *acceptilatione* tollitur, tunc Creditor ne minimum quidem prætextum retinet, quo uti posset, si debitum hoc modo remissum nihilominus adhuc petere vellet, acceptilatio enim est modus tollendi obligationem Legibus civilibus veteribus jam approbatus, unde & obligationem ipso jure tollere dicitur, vid. Jul. Pacius *in anal. J. ad rubr. tit. quib. mod. oblig. toll.* ergo exceptio acceptilationis ad exceptiones *facti* referenda erit, id est, post acceptilationem Creditor de mero facto debitorem convenit. Contrarium in remissione debiti per *nudum pactum* facta obtinet. *Debitor,* (sunt verba §.3. *J. de Except.*) *si pactus fuerit cum Creditore, ne à se pecunia peteretur, nihilominus obligatus manet, quia pacto convento obligationes non omnino dissolvuntur, qua de causa efficax est adversus eum actio, quam actor intendit, si paret eum dare oportere; sed quia iniquum est, contra pactionem eum condemnari, defenditur*

fenditur per exceptionem pacti conventi. Ergo exceptio pacti ad exceptiones juris referenda erit, id est, Creditor post illud pactum adhuc aliquid juris retinet, & sic de mero facto debitorem non convenit, v. Pacius *loc. prox. cit.*

Sic si quis *in contractu b. fidei dolo* adversarii deceptus fuerit, exceptio eo nomine decepto competens, *facti* appellabitur, quia nec leges Romanæ subtiles Creditori hoc casu adsistunt, sed contractum invalidum pronunciant, *v. l. 16. §. 1. ff. de minor.* At si *dolus in contractu stricti juris* admissus, secundum jus subtile vetus contractus subsistit, (v. quæ diximus ad *tit. de dolo malo*) æquitati tamen repugnat & sic exceptio *iuris* conceditur, *v. l. 36. ff. de V. O. ibique Gothofredum in notis.*

Hæc pro explicanda distinctione præsenti adduxisse sufficiat. Ceterum vero quod usum practicum attinet, omnino nullum hic adesse puto, nisus autoritate Pauli, qui, licet admodum subtilis alias fuerit, suo tamen jam tempore ingenue fassus est in *l. 112. ff. de R. J. nihil interesse, ipso iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur.* Quemadmodum enim exceptiones juris in judicio allegandæ, ita quoque exceptiones facti. Et hæ & illæ ab allegante sunt probandæ, modus etiam opponendi non minus quam tempus, quo in Processu opponuntur, in omnibus conveniunt, & ergo, ut duobus verbis me expediam, nihil

nihil remanet, in quo differentia aliqua diversum effectum producens ostendi posset.

Putat equidem B. Brunneman. *Proc. Civ. c. 7. n. 1.* in eo usum aliquem latitare, *ut scilicet sciamus; quæ exceptio per Statuta videatur exclusa*, si nempe Statutum aliquod adsit, quod omnes exceptiones removendas esse jubeat, & in *reperit. paratitl. Wesenbec. h. t. qu. 2.* porro addit, ejusmodi Statutum de exceptionibus proprie sic dictis, id est, prout ex *quæst. præc. 1.* patet, de exceptionibus *Juris* intelligi debere: verum enim vero unde hæc assertio ex jure probari possit, nondum video. Quoniam enim exceptiones juris tali actioni opponuntur, quæ mero jure subtili nititur & iniquitatem aliquam involvit, *v. tit. J. de Except.* non video sane rationem, ob quam Statutum in dubio ejusmodi potius exceptiones iniquitatem tollentes, quam alias, tollere maluerit, unde melius forsan erit, si tale Statutum cum eodem Autore de exceptionibus, quæ in continenti probari non possunt, accipiamus.

DISTINCTIO II.

Inter Exceptiones *nominatas* & *innominatas*.

NOminatæ sunt, quæ certum nomen habent, e. g. solutionis, compensationis, erroris, excussionis, &c. *innominatæ*, quæ eo destituuntur, quo casu ad exceptionem in factum, vel doli

casu ante litis contestationem opponi possint, si in continenti sint liquidæ, de qua regula & exceptionibus fuse agit non solum Lauterbach *Comp. Jur. h. t.* sed & DD. communiter *ad h. t.* v. in specie B. Stryk *introd. ad prax. Cap. 9. §. 2. & 3. & c. 16. §. 1. & 2.*

DISTINCTIO V.

Inter Exceptiones *personales* & *reales.*

PErsonales, v. g. competentiæ, fori privilegiati, cessionis bonorum, &c. nec heredibus excipientis prosunt, nec ejus fidejussoribus, sed soli excipienti; *reales* e contrario ad hos omnes quoque pertinent, v. g. exceptio solutionis, compensationis, metus, doli, &c. *l. 7. ff. h. t.* Addit adhuc tertiam speciem, exceptionem *mixtam* scilicet, Lauterbach *h. t.* & eo refert exceptionem restitutionis ex causa ætatis, quæ in eo à realibus recedit, quod ad heredes quidem transmittatur, non tamen fidejussoribus competat, nisi læsio dolo adversarii minorenni illata fuerit, *v. l. 13. pr. ff. de minor.* & *l. 1. & 2. C. si advers. fideiussor.*

Lib. XLIV. Tit. VII.

De Obligationibus & Actionibus.

DISTINCTIO I.

Inter Obligationem *naturalem*, *civilem* & *mixtam*.

HÆc distinctio ex sequenti fundamento profluit: Jus naturæ & jus civile Romanorum interdum sibi mutuo *adsistunt*, interdum vero alterum ab altero *recedit*. *Priori* casu DD. vocant obligationem mixtam, ex qua & actio & exceptio cum effectu institui & opponi potest, v. g. ut quis ex emto, locato, commodato, &c. obligetur. *Posteriori* casu subdistinguendum est. Aut scilicet *ius naturæ deserit ius civile Romanum*, aut *deseritur ab illo*; *priori* casu vocatur obligatio *civilis*, id est, ex mero jure civili proveniens, v. g. ex negotio coacto, aut ex promissione dolo alterius emanata in contractibus stricti juris, &c. *& hæc nec actionem efficacem producit*, (Prætor enim Reo ex tali negotio convento exceptionem suppeditat, qua probata actio instituta corruit, *v. supra tit. de Except. dist. I.*) nec *exceptionem*, quia & ad restitutionem rei ex tali obligatione acceptæ accipiens obstringitur;

poste-

posteriori dicitur obligatio *naturalis*, quæ hunc effectum habet, *ut exceptionem producat*, v. g. obligatio ex nudo pacto, &c. vid. Lauterbach. *h. t.* Postquam tamen hodie ex nudo pacto actio conceditur, inter obligationem naturalem & mixtam non amplius erit differentia.

DISTINCTIO II.

Inter Obligationem naturalem *plenam* & *minus plenam*.

P*Lena*, ut modo dictum, etiam de jure Romano exceptionem, & juxta mores nostros actionem producit; sed *minus plena*, nec actionem, nec exceptionem: comprehendit enim sub se officia humanitatis & amoris, v. g. ad benefaciendum pauperibus, ad remunerationem, &c. sed hæc officia omnem omnino coactionem respuunt, quia amor liberrimus esse debet. Et hinc est, quod recte asserunt DD. donatarium, qui doni oblitus se mutuum accepisse, vel ex alia necessaria causa obligatum esse credebat & tantundem reddebat donanti, quantum ab eo antea acceperat donationis titulo, non obstante obligatione ad antidora solutum repetere posse, v. ex multis unus Bachovius *de action. Disp. 4. th. 16. vers. & hinc decidenda*.

Effertur hæc distinctio alias etiam per vocem *perfectæ* & *imperfectæ* obligationis, quibus respondet *jus perfectum* & *imperfectum*. Impugnant

pugnant quidem nonnulli eandem, & obligationem imperfectam pariter & jus imperfectum nomen obligationis & juris plane non mereri adstruunt; sed hi solum ad *obligationem extrinsecam* & *jus extrinsecum* respiciunt, quin vero in foro intrinseco talis obligatio suos effectus habeat, de eo forsan nemo jure dubitare poterit.

DISTINCTIO III.

Inter Obligationem *civilem* & *Prætoriam*.

HÆc nullius est usus, nisi quod obligatio ad solvendam pœnam privatam, si ex jure Prætorio descendit, intra annum præscribatur, v. quæ diximus ad *tit. de orig. juris Dist. I.* & quod de *jure civili* stricto *ille solus obligetur, qui contraxit, aut deliquit*, obligatio Prætoria autem & *ex alieno contractu, vel delicto oriatur*, si is contraxit, vel deliquit, qui vel meam personam repræsentat, ut institor, magister navis, &c. vel ex quo ego commodum sentio, v. g. servus meus, &c. unde actio noxalis &c. *v. §. 1. & 2. J. quod cum eo, qui in alien. pot. est. l. 1. ff. de instit. act. §. 4. J. de noxal. action.* ubi tamen dicitur, quod actio noxalis propter furtum & damnum ex lege Aquilia datum jam ex LL. XII. Tabb. oriatur. Quicquid sit de origine obligationum, ratione effectus inter utram-

utramque, civilem scilicet atque Prætoriam, parum vel nihil potius interesse videtur.

DISTINCTIO IV.

Inter obligationes *immediatas* & *mediatas*.

HÆ in eo solum differunt, quod in *immediatis* non opus sit, ut is, qui in illis se fundat, præcedens factum (conventionem vel delictum) probet, quia jus ipsius immediate ex Legis dispositione absque ullo intercedente facto civili derivatur, *v. l. 1. pr. ff. h. t.* ubi ita Cajus: *Obligationes*, ait, *aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris.* Huc pertinet obligatio reciproca parentum & liberorum de alimentis sibi invicem præstandis, *v. tit. ff. de agnosc. & alend. lib.* item obligatio Patris ad dotem filiæ præstandam, de quibus & multis aliis casibus ex fundamento egit B. Stryk *in tr. de invest. action. sect. 1. membr. 2.* In obligationibus *mediatis* e contrario nunquam cum effectu adversus alterum agere conceditur, nisi actor fundamentum intentionis suæ, præcedentem scilicet contractum, vel commissum à Reo delictum, liquido probare possit.

DISTINCTIO V.

Inter actiones *Civiles* & *Prætorias*.

HIc eadem repetenda, quæ paulo ante ad

dist. III. de obligatione civili & Prætoria diximus. Qualis enim est natura obligationis, talis quoque actionis exinde profluentis natura est.

DISTINCTIO VI.

Inter actiones *directas*, *utiles*, & *in factum*.

Directas vocant, quæ ex *verbis* Legum: *Utiles*, quæ ex *ratione* legis per interpretationem: *in factum*, quæ deficientibus verbis & sententia, sive ratione Legis, *ex æquitate* in subsidium dantur. Optime hæc distinctio illustratur ex §. *fin. J. ad L. Aquil.* ubi actio Legis Aquiliæ *directa* vocatur, quando quis *corpore & in corpus*: *utilis*, quando *in corpus* quidem, sed *non corpore*: & denique *in factum*, quando *nec corpore*, *nec in corpus*, sed *alio modo* damnum datum est, qui casus singuli claris exemplis in *d.* §. *fin.* illustrantur, ubi videri possunt.

Quod si tamen de usu quæris, ego quoad actiones directas & utiles verbis Pauli in *l. 47. ff. de neg. gest.* utor, cujus sententia hæc est: *Actio negotiorum gestorum illi datur, cujus interest, hoc judicio experiri. Nec refert, directa quis an utili actione agat, vel conveniatur, quia in extraordinariis judiciis, ubi conceptio formularum non observatur, hæc subtilitas supervacua est: maxime cum utraque actio ejusdem potestatis est eundemque habet effectum.* Deinde, quod actionem in factum

factum in specie attinet, jam ante nos ostendit illustr. Dn. Thomasius *in Diss. Lips. de Philosoph. juris* §. 148. & 149. eam in Pandectis actioni utili non contradistingui & Tribonianum ex mero errore duas separatas actiones in *d.* §. *fin.* statuisse. Et quamvis etiam in Pandectis actio utilis & actio in factum expresse sibi contradistinguerentur, iterum tamen ea applicanda essent, quæ modo ex *l. 47. ff. de neg. gest.* adduximus. Ex quo inferimus, distinctionem præsentem nullius esse utilitatis.

DISTINCTIO VII.

Inter actiones *personales*, *reales* & *mixtas*.

QUoad actiones *personales* & *reales* ea repetenda, quæ supra ad *tit. de rer. divis. Dist. I.* diximus. De *mixtis* hic notandum, quod partim ex jure in re, partim ex jure ad rem proveniant, ex quibus præcipuæ sunt actio familiæ herciscundæ, finium regundorum & communi dividundo, §. *10. J. de action.* ex quibus actio finium regundorum, quatenus rem persequitur, contra quemcunque quidem possessorem datur, non autem actio familiæ herciscundæ, & communi dividundo, quia hæ duæ actiones certam qualitatem alterius, qui convenitur, supponunt, quod scilicet vel coheres, vel collegatarius existat, quæ qualitas in tertio possessore non deprehenditur. Dein-

de actiones mixtæ in eo etiam à plerisque realibus recedunt, quod triginta demum annis præscribantur, *v. l. f. C. fin. regund. l. 1. §. 1. C. de annal. except.*

DISTINCTIO IIX.

Inter actiones *nativas* & *dativas*.

NAtivæ sunt, quæ ex præcedente contractu, vel delicto nascuntur; *dativæ*, quæ tale factum non supponunt. Ergo priores ex obligatione mediata, posteriores ex immediata deducuntur, *v. Dist. IV. h. t.* In effectu autem nihil interest. Imo Hilliger *ad Donell. l. 19. c. 2. lit. A.* hanc distinctionem ne theoretice quidem veram esse, sed de actionibus ex contractu etiam vocabulum dativarum prædicari, adstruere nititur, quem vide.

DISTINCTIO IX.

Inter actiones *directas* & *contrarias*.

HIc notandum, quod actio *directa* illa vocetur, quæ *statim ab initio* celebrati contractus & *semper* adest, & *in definitione contractus exprimitur.* Sic quando *deponens* adversus depositarium agit, actionem directam habet, quia depositarius a momento initi contractus ad restitutionem rei depositæ in specie obligatur, & nullus contractus depositi concipi potest, in quo hæc obligatio non adsit, & denique

nique hoc ipsum in dicti contractus definitione exprimitur. Idem intuitu *commodantis*, *mandantis*, &c. sic & actio *emti & venditi*, *locati & conducti*, *pro socio*, &c. utrinque est directa; quia adducta requisita in utroque contrahentium deprehenduntur.

Contrariam autem dicunt, quæ *ex postfacto* saltem oritur, & *non semper adest*, *nec etiam in definitione contractus exprimitur*, quia in definitionibus illud saltem exprimendum, quod regulariter fieri solet, non autem, quod ex accidenti. Sic quando *depositarius* adversus deponentem agit, ad impensas, quas propter rem depositam fecit, iterum consequendas, actio contraria ipsi competit, quia deponens ex postfacto, id est, ex eo demum tempore obligatur, quo depositarius eas impensas fecit, non etiam hoc ex natura depositi profluit, ut quilibet depositarius necessario in rem depositam aliquid impendat, sed hoc saltem interdum contingit & hinc in definitione contractus depositi de hac obligatione secundaria & minus principali nihil habetur. Idem intuitu *commodatarii*, *mandatarii*, &c. juris est.

Ratione *præscriptionis* & *transmissionis ad heredes* inter actiones directas & contrarias nulla differentia deprehenditur, sed omnes eodem tempore durant & eodem modo heredibus & contra heredes dantur.

Adest tamen nihilominus usus aliquis. Scilicet, quando in notis illis contractibus, *Tu-*

la, *mandati* & *depositi* actio *directa* contra Tutorem, Mandatarium & depositarium propter dolum commissum instituitur, tunc *Reus conventus infamia* afficitur, *v. l. 4. ff. de suspect. Tut. l. 1. ff. de his qui not. infam.* quod secus est, si Tutor pupillum, Mandatarius mandantem, aut depositarius deponentem actione contraria convenit, *d. l. 1.* Excipiunt quidem communiter contractum mandati, quod scilicet actio contraria ex eodem instituta etiam infamiam importet, si mandans indemnitatem mandatario præstare dolose deneget; verum *l. 6. §. 2. ff. de his, qui not. infam.* ad quam provocant, de casu speciali saltem loquitur, *si scilicet fidejussi pro te & solvi, & tu illud, quod solutum est, restituere detrectas*, & sic extra hunc casum, in quo de singulari perfidia agitur, regula manet, quæ in §. 7. *d. l. 6.* continetur: *contrario judicio damnatus non erit infamis, nec immerito. Nam in contrariis non de perfidia agitur, sed de calculo, qui fere judicio solet dirimi.*

Ex eodem fundamento profluit, quod in actione *directa* quidem *in litem jurari possit*, suppositis terminis habilibus, si scilicet talis res petitur, quæ affectionem recipit; nunquam vero in actione *contraria*. *Ei*, inquit Ulpianus in *l. 5. ff. depos. apud quem depositum esse dicetur, contrarium judicium depositi datur, in quo judicio merito in litem non juratur. Non enim de fide rupta agitur, sed de indemnitate ejus, qui depositum suscepit.*

DI-

DISTINCTIO X.

Inter actiones *simplices* & *duplices.*

Conf. supra *Dist. III.* sub titulo *de judiciis.*

DISTINCTIO XI.

Inter actiones *universales*, *generales* & *singulares.*

De hac distinctione itidem jam dictum fuit sub titulo *de judiciis Dist. VI.*

DISTINCTIO XII.

Inter actiones *petitorias* & *possessorias.*

Vide *Dist. V.* sub tit. *de judiciis* & adde *tit. de Interdictis Dist. I. & III.*

DISTINCTIO XIII.

Inter actiones *rei persecutorias* & *poenales.*

Priores ad *simplum* saltem dantur, id est, ad nudam damni ab altero nobis illati reparationem: sed *posteriores* ulterius *duplum*, *triplum* & *quadruplum* nobis adjudicant.

Priores ultra annum dantur, & si ex contractu, vel delicto proveniunt, perpetuae sunt; *Posteriores* autem plerumque anno excludun-

tur, *l. 35. pr. ff. de O. & A.* Exceptio habetur in actione *furti manifesti* ad quadruplum, *pr. J. de perpet. & temp. act.* in actione *de servo corrupto* ad duplum, *l. 13. pr. ff. de serv. corrupt.* & in actione *adversus nautas, caupones & stabularios* ad duplum, *l. 7. §. ult. ff. naut. caup. stabul.*

In eo tamen conveniunt, quod nec *rei persecutoria*, (si sunt ex delicto,) nec *pœnales*, adversus heredes delinquentis dentur, nisi lis cum defuncto contestata fuerit, *v. l. 261. ff. de O. & A. Sed quid si ad heredes aliquid pervenerit?* Tunc quidem contra eos actio rei persecutoria institui poterit, non autem pœnalis, *d. l. 35. pr. ff. de O. & A.*

Loquimur autem hic semper *de pœna ex Lege proveniente.* Ea enim, quæ *ex conventione* est, ad instar interesse nostri sese habet, & sic actio ad eam exigendam non solum perpetua est, sed & adversus heredes cum effectu institui potest, *v. §. f. J. de V. O.*

DISTINCTIO XIV.

Inter actiones *bonæ fidei* & *stricti juris.*

Distinctio hæc ex distincto officio *Prætoris* & *Judicis pedanei* apud Romanos unice profluit. Notum quippe est, judicem pedaneum non gavisum esse autoritate publica cognoscendi de causis controversis in foro obvenientibus, sed fuisse eundem privatum ali-

quem

quem JCtum, cui Prætor, poſtquam partes eum elegerant, certam agendi & excipiendi formulam præſcribebat.

Primo autem ſciendum eſt, *quænam actiones bonæ fidei fuerint*? Varia exempla in §. 28. *J. de act.* referuntur, v. g. ex emto, vendito, locato, conducto, negotiorum geſtorum, mandati, &c. ex quibus omnibus apparet, Imperatorem, vel ſi mavis Tribonianum, tales actiones retuliſſe, *quæ ex contractibus bilateralibus proficiſcuntur*, excepto eo, quod & *hereditatis petitionem* & actionem *de dote repetenda* huic claſſi adjunxerit contra rationem & analogiam juris.

Ergo ex natura oppoſitorum ſequetur, omnes actiones *ſtricti juris* dici debere, *quæ ex contractibus unilateralibus profluunt*, v. g. ex mutuo, ſtipulatu, hereditatis aditione, condictione indebiti, ob turpem cauſam, &c. quia talium in *d.* §. 28. *J. de act.* non fit mentio.

Scio quidem multos DD. ſtrictisſime verbis *d.* §. 28. inhærere & adeo nullas actiones b. f. ſtatuere, niſi quæ in eo recenſentur; ſed puto hos, ut alia taceam, contra *l.* 17. *ff. de LL.* impingere, ubi Celſus dicit, ſcire Leges non hoc eſſe, verba earum tenere, ſed vim & poteſtatem.

Quænam vero *differentia inter b. f. & ſtricti juris* actiones fuerit, ita generaliter effertur in §. 30. *J. de act. quod ſcilicet in b. f. judiciis libera poteſtas permittatur Judici ex bono & æquo æſtimandi, quantum actori reſtitui debeat*, unde ex oppo-

opposito sequitur, *quod in stricti juris judiciis ejusmodi liberam potestatem non habuerit Judex*, sed in his ad verba præcedentis conventionis arctissime adstrictus fuerit.

Descendamus ad nonnulla specialia. In contractibus *bonæ fidei dolus dans causam contractui eundem ipso jure nullum reddit*, *l. 7. pr. ff. de dol. mal.* & sic judex in actione ex illo contractu instituta contractum nullum pronunciare poterat, (dolo scilicet probato) quamvis nec in verbis conventionis, nec in formula à Prætore præscripta quicquam de ea re haberetur. *Secus, si dolus contractui stricti juris causam dederat* & exinde agebatur, de quo fuse diximus supra ad tit. *de dolo malo dist. I.*

In actionibus bonæ fidei juramento in litem affectionis locus datur, ut putant vulgo, *non autem in judiciis stricti juris*; sed hoc ex jure Romano vix probari posse, ostendimus supra ad *tit. de in lit. jur. dist. I.*

In actionibus b. f. iudex propter moram præcedentem usuras adiudicat, quamvis in verbis conventionis nullæ expressæ fuerint, *l. 32. §. 2. ff. de usur.* ibique Gothofr. *non autem in iudiciis stricti iuris*, quippe in quibus usuræ non debentur, nisi per stipulationem promissæ, *v. l. 3. C. eod.* Hæc differentia sublata est per *Recess. Imp. de A. 1600. §.* So viel nun.

Plurima huc pertinentia invenies apud Bachovium *de action. disp. 6. thes. 13. usque ad thes. 25.* quæ omnia huc transferre partim nimis

mis prolixum esset, partim etiam otiosum, cum æque commode eadem in Bachovio legi possint. Illud unicum saltem notamus, ex *thes. 21.* (quod eleganter etiam exsecutus est Julius Pacius *in anal. J. §. 28. J. de action.*) scilicet, *Judicem pedaneum in iudiciis b. f. quamcunque exceptionem admittere potuisse, quamvis eiusdem in formula à Prætore præscripta nulla facta fuerit mentio*, exceptiones enim hisce judiciis ipso jure inerant; at vero *in stricti juris judiciis Judicem nullam exceptionem admittere debuisse, nisi cujus Prætor in formula eidem Judici pedaneo data mentionem injecisset*, &c.

Sed quid de usu hujus distinctionis dicendum? Quod *usuras propter moram solvendas* attinet, DD. libenter concedunt, quia debent ob allegatum Recessum Imperii, eandem usum amplius non præstare. Sed in reliquis capitulis non exiguam utilitatem adhuc hodie exinde profluere non pauci propugnant. Tædet eos allegare, qui mero autoritatis præjudicio fascinati alios exscribendo distinctionis usum hodiernum adstruunt, nec tamen in quonam ille, cessante Judicis pedanei restricto officio, sese exserat, ostendere valent; prodeat ergo, cujus modo mentionem feci, Pacius, JCtus laudibus nostris major, qui *cit. loc.* sequentem in modum hac de re disserit: *Sed hodie*, inquit, *cum nec formulæ sint in usu, nec Judices à Magistratibus dentur, sed coram Judicibus ordinariis litigetur, differentia horum judiciorum aliter spectatur.*

ctatur. Sed quomodo? *ita*, pergit, *observatur, ut si judicium sit bonæ fidei, exceptio ipso jure insit in hoc judicio, id est, Judex exceptionis rationem habeat*, quamvis Reus hoc non petat; dummodo ex actis de exceptione constet: *quia vulgata regula est, judicandum esse secundum allegata & probata; si vero sit judicium stricti juris, exceptio reo nihil prodest, quamvis de ea ex actis constet*, nisi reus, nominatim exceptionem opponat Actori & per eam se absolvi petat. Refutassem fere Pacium, quod nempe hæc non cohæreant cum præcedentibus, ubi dixerat, hodie non amplius esse ejusmodi Judices à Magistratibus datos, ut olim & per consequens etiam non esse ita restrictam eorum potestatem, ut olim, sed acquiescere possum, quia mox addit: *Plane quia hodie actionum nominibus non utimur, harum actionum differentia minus conspicuæ sunt & obsoleta, ita ut omnes vi & effectu videantur esse bonæ fidei.* Recte & sic distinctio nullius est usus, quia mutato statu jus mutatur, v. quæ diximus ad *tit. de dolo malo Dist. I.* & *ad tit. de in litem jurando Dist. I.* Quid ergo timeamus veterem illam cantilenam: quod mutatum non est, cur illud stare prohibetur? hæc distinctio enim non fuit recepta, quia Judices pedaneos nunquam habuimus.

DIST.

DISTINCTIO XV.

Inter actiones *arbitrarias* & *non arbitrarias.*

NOn *arbitrariæ* sunt, quæ semper ex contractibus proveniunt, & de quibus hactenus diximus. *Arbitrariæ* autem vocantur, quæ vel *reales* sunt, ut rei vindicatio, actio hypothecaria, &c. vel *in rem scriptæ*, v. g. actio quod metus causa, noxalis, &c. vel *præparatoriæ*, v. g. actio ad exhibendum, &c. Vocabantur autem *arbitrariæ*, quia Judicis pedanei potestas hic quoque, non minus ut in actionibus bonæ fidei, libera & illimitata erat, id est, sententiam definitivam præcedebat interlocutio Judicis, qua Judex jubebat actori satisfieri, v. g. rem exhiberi, aut restitui; quod si ergo Reus Judici obtemperabat atque actori satisfaciebat, per sententiam definitivam absolvebatur, sin minus, condemnabatur, v. g. in actione quod metus causa in quadruplum, in rei vindicatione, in quantum Actor in litem juraverit, &c. quæ fusius persequitur Pacius *in anal. J. ad §. 31. J. de act.*

Quod si desideras, quomodo actiones *b. f.* & *arbitrariæ* ab invicem discedant, ita tenendum est: in actionibus *bonæ fidei* Judex pedaneus liberam habebat potestatem ex bono & æquo decernendi, *quamvis hac de re in formula Prætoris nulla omnino litera inveniretur*; at vero in

ro in actionibus *arbitrariis*, Judex pedaneus arbitrium suum ita exercebat, *prout illud in formula à Prætore data comprehensum erat.* Unde in rei vindicatione formula ita fuit: *Si apparet rem esse Titii, neque eas res arbitrio tuo restituatur, Judex condemna*, scilicet, quanti in litem juratum fuerit, in actione quod metus causa formula ita sese habuit: *si apparet, rem metu esse extortam, nec ea arbitrio tuo restituatur, Iudex in quadruplum condemna*, v. Bachovium *de action. Disp. 7. thes. 2. p. m. 49.* in qua integra Disputatione hæc materia prolixe pertractatur.

Hæc prout à Pacio, Bachovio aliisque eruditis viris traduntur, & admodum probabilia sunt, perspicue ostendunt, quod distinctio inter actiones arbitrarias & non arbitrarias exinde descenderit, quia Romani Judices pedaneos habebant, & hisce Judicibus pedaneis Prætores certas formulas pronunciandi præscribebant. Jam vero, quia hodie non habemus Judices pedaneos, nec Prætores, nec formulas Judicibus pedaneis à Prætoribus præscriptas, hinc rogo te ipsum, ut mihi respondeas, an distinctio adlata adhuc hodie usum in sensu Juris Romani habere possit? Mihi negativa placet. Judicibus nostris in quibuscunque actionibus arbitrium competit, ut ex bono & æquo Reum condemnare & contumaciam ipsius punire possint, & ergo hodie omnes actiones arbitrarias vocare posses, sed non in sensu Juris Romani.

LIB. XLV. TIT. I.
De Verborum Obligationibus.

DISTINCTIO I.
Inter Stipulationes *Prætorias*, *judiciales* & *communes*.

CUm hæc distinctio iterum ex distincto officio Prætoris & Judicis pedanei profluat, ea nomina autem nobis prorsus incognita sint, hinc iterum adstruere non dubito, distinctionem adlatam apud nos ne minimam quidem utilitatem habere.

DISTINCTIO II.
Inter Stipulationem *dandi* & *faciendi*.

HÆc in eo usum habet, quod quoties quis *ad dandum* obligatus est, ille rem promissam præcise præstare teneatur, nec præstando interesse sese liberare possit, *v. l. 75. §. fin. ff. de V. O.* quoties vero quis *factum* aliquod promisit, toties ad illud præstandum cogi præcise non potest, sed liberatur promittens, modo interesse præstare, id est damnum resarcire velit, quod ex non adimpleto contractu alter patitur, *v. l. 13. §. fin. ff. de re judic.* Ratio differentiæ est, quia si quis rem promissam dare

recusat, ea facile invito promittente per viam executionis auferri potest, quod in facto promisso non æque procedit.

LIB. XLVI. TIT. I.

De Fidejussoribus & Mandatoribus.

DISTINCTIO I.

Inter *Fidejussorem* & *Mandatorem*.

HI duo theoretice saltem differunt. *Mandator* vocatur, qui vel fidejussorem fidejubere, vel Creditorem alii credere rogat, *& hic statim ab initio intercedit, antequam Creditor cum Debitore collocutus fuerit.* At vero *Fidejussor tunc demum intervenit, ubi Debitor cum Creditore jam collocutus est & contractum principalem iniit*, v. Dion. Gothofred. *in not. ad rubr. h. t.* In effectu vero & fidejussor & mandator in subsidium demum conveniuntur: plures item mandatores non minus, ut plures fidejussores, beneficio divisionis & cedendarum actionum fruuntur, in quo forsan neminem ex DD. dissentientem habebo.

DIST.

DISTINCTIO II.

Inter Fidejussorem *necessarium* & *voluntarium*.

Necessarius hic non vocatur *intuitu personæ fidejussoris*, quod quis necessario fidejussor esse debeat, sed *intuitu personæ debitoris*, quod hic interdum fidejussorem *ex dispositione legis* constituere teneatur, v. g. usufructuarius, *l. 13. pr. ff. de Usufr.* *Voluntarius* e contrario *ex mera conventione libera* constituitur.

Usus hic est. Fidejussor *necessarius* ex post facto etiam constituendus est, licet statim ab initio, ubi res usufructuaria tradebatur, constitutus non fuerit; alias enim ipsa res usufructuaria repeti potest, si fidejussor non constituatur, *v. l. 7. pr. ff. Usufruct. quemadm. cav.* At fidejussor *voluntarius* exigi non potest amplius, si creditor ab initio sibi hac parte non prospexerit, hic enim obligatio debitoris ad fidejussorem constituendum ex legis dispositione immediata non oritur.

DISTINCTIO III.

Inter Fidejussorem *principalem* & *succedaneum*.

Ille in gratiam *Creditoris* intercedit, *hic* vero in gratiam *fidejussoris principalis* sese obligat, ut scilicet plane securus reddatur dictus fidejussor

jussor Principalis de recuperatione illius, quod pro debitore forsan solvere necesse habuerit, vocatur Germanice ein Rückbürge / *v. l. 8. §. f. ff. b. t.* Ex quo patet, fidejussorem *succedaneum* a Creditore nunquam conveniri posse, sed solum à primo fidejussore, qui illud, quod pro debitore solvit, iterum repetit. Ceterum, si *plures* sunt ejusmodi fidejussores succedanei, eadem quoque ipsis beneficia competunt, quae alias principalibus tribuuntur, *v. l. 27. §. 4. in f. ibi: adversus confidejussorem magis est, ut dividatur. ff. b. t.*

DISTINCTIO IV.

Inter Fidejussorem *simplicem* & *indemnitatis.*

PRior se statim in eum casum obligat, *si Creditor suum a Debitore principali consequi non possit*; at vero *posterior* in illum demum, *si Creditor nec a Debitore, nec à fidejussore primo suum consecutus fuerit*, unde dici solet ein Schadloß Bürge / Hering *de fidejuss. c. 27. p. 1. n. 142.*

Usus in eo deprehenditur, quod fidejussor *simplex beneficio excussionis renunciare possit*, non autem fidejussor *indemnitatis*, sed quod renunciatio ab hocce facta plane otiosa sit & inutilis, quia revera involveret contradictionem, Hering *loc. cit. num. 143.* quod ad eum quoque casum extendit Berlich *P. 2. Concl. 22. n. 25. seqq.* cum aliis, licet renunciatio jurato

facta

facta fuerit, hic tamen dissentit illustr. Stryk *de Caut. Contract. sect. 2. cap. 6. §. 24.* & propter præstitum juramentum ex fidejussore indemnitatis fidejussorem simplicem fieri existimat, cui sententiæ & nos subscribimus.

LIB. XLVI. TIT. II.

De Novationibus & Delegationibus.

DISTINCTIO I.

Inter Novationem *necessariam* & *voluntariam*.

NEcessaria, quæ fit per Litis contestationem, non tollit priorem actionem & obligationem, sed hæc salva manet una cum accessoriis suis, fidejussoribus scilicet atque pignoribus nec non privilegiis, *l. 29. h. t.* unde vocatur, *novatio accumulativa.* Superaddit tamen priori aliquid, ut v. g. actio ex delicto jam ad heredes transeat & ex obligatione temporali perpetua fiat, *v. d. l. 29. ibique Brunnem. in not. Voluntaria* e contrario priorem obligationem & omnia ejus accessoria atque privilegia in totum perimit, *d. l. 29. h. t.*

DISTINCT. II.

Inter *Novationem* & *Delegationem*.

IN *Novatione* specialiter sic dicta (nam in sensu generaliori etiam delegationem quandoque sub se comprehendit) nec creditor, nec debitor mutatur, sed *genus obligationis* solummodo, v. g. debuisti mihi hactenus centum ex emto, jam eadem ex mutuo mihi promittis, &c. vel debuisti mihi pure, jam in diem vel sub conditione promittis, &c. §. *3. J. quib. mod. toll. oblig.* Sed in *Delegatione* idem genus obligationis manet, ast *persona debitoris* mutatur, v. g. quod Cajus mihi hactenus debuit, jam à Titio stipulor, *l. 11. pr. ff. h. t.*

Usum nonnulli in eo quærunt, quod in *novatione* quidem animus novandi non præsumatur, bene tamen in *delegatione*, & quod adeo prior debitor indistincte ab obligatione liberetur, v. Lauterbach *Comp. jur. h. t.* & late Mevius *P. 7 Decis. n. 12. &* 13. Sed nobis contraria sententia verior videtur, quam communiter ex *l. f. C. h. t.* probant, cum præcipue eadem ratio, quæ facit, quod novatio non præsumatur, in delegatione etiam locum habeat. Scilicet tam in novatione, quam delegatione, Creditor prius jus suum remittit & in specie in delegatione priorem debitorem ex nexu obligationis dimittit; at vero neutrum præsumitur, quoniam non leve præju-

dicium

dicium exinde interdum oriri poteſt, v. illuſtr. Stryk *in not. ad Lauterbach. h. t. verb. putant.*

DISTINCTIO III.

Inter *Delegationem* & *Ceſſionem.*

THeoretice ita differunt, quod in *delegatione debitor*, in *ceſſione* autem *Creditor* mutetur. In effectu autem, quod *ceſſio inſcio & invito etiam debitore fieri poſſit*, *l. 1. C. de novat.* quia hujus nihil intereſt, cui ſolvat, cum omnes exceptiones, quas opponere poterat cedenti, adhuc etiam cesſionario opponere valeat; in *delegatione* autem *debitor conſentire* debet, de ipſius enim maximo præjudicio agitur, quia poſt delegationem exceptionibus aliquibus contra creditorem, cui delegatus eſt, amplius uti non poteſt, *d. l. 1. C. h. t. l. 12. ff. h. t.*

LIB. XLVII. TIT. I.
De Privatis Delictis.

DISTINCTIO I.

Inter Delicta *Eccleſiaſtica*, *ſecularia* & *mixta.*

DElicta hæc propterea accurate ſecernenda ſunt, ut de foro competenti conſtet, & ne forſan Judex eccleſiaſti-

cus jurisdictionem secularem, vel e contrario Judex secularis ecclesiasticam invadat. De delictis namque *ecclesiasticis*, v. g. de hæresi, apostasia, simonia, &c. apud Pontificios Episcopi, apud Evangelicos autem Consistoria cognoscunt; de *secularibus* autem Magistratus quilibet competens, v. g. de homicidio, furto, rapina, &c. quamvis non negandum sit, Clerum Pontificium ex studio extendendi jurisdictionem suam multa crimina ad ecclesiastica retulisse, quæ tamen mere secularia sunt, quo omnes causas matrimoniales refero, conf. illustr. Thomas. Fürsten - Recht *thes. 13.* §. 7. Catalogum delictorum ecclesiasticorum exhibet Brunneman. *in Iure ecclef. l. 3. cap. 1.* §. 22. Hoc quoque nemo sanus diffitebitur, eundem clerum multa facta ad classem criminum externorum retulisse, iisdemque gravissimam pœnam imposuisse, quæ tamen in foro externo coërceri non debebant, quo pertinet Hæresis & Apostasia.

De delictis *mixtis*, v. g. usuraria pravitate, magia, sacrilegio, &c. uterque Iudex, ecclesiasticus & secularis, cognoscit, & sic locus est præventioni, v. Brunneman. *loc. ant. cit.*

DISTINCTIO II.

Inter Delicta *nominata* & *innominata*.

N*ominata* ex speciali nomine suo cognoscuntur, v. g. homicidium, adulterium, furtum, &c.

&c. *Innominata* autem tali nomine destituuntur, v. g. si quis æs pro auro oppignorat, & reliqua omnia, quæ in Digestis sub titulo *de Stellionatu* recensentur. Interim hæc distinctio mere theoretica esse videtur.

DISTINCTIO III.

Inter *Vera* & *quasi* delicta.

PRiora ex dolo, *posteriora* autem ex culpa & negligentia proveniunt, unde in *prioribus* quidem pœna ordinaria locum habet, non autem in *posterioribus*, nam, v. g. homicidium dolosum pœna gladii, culposum autem pro gradu culpæ, fustigatione, aut sola relegatione coërcetur.

Non video autem his suppositis, quid permoverit Lauterbachium, quod *in Comp. jur. h. t.* statuerit, *damnum injuria datum ad vera delicta referri, licet ex culpa sit*; ratio enim, quam subjungit, *quia hic principaliter tantum respicitur ad damnum resarciendum*, parum quadrare videtur, quia ratio denominandi non a restitutione damni privati, sed a gradu pœnæ desumta est.

DISTINCTIO IV.

Inter Delicta *publica* & *privata*.

NOnnulli hæc duo ita distingvunt, quod *publica* delicta *in Rempublicam*, *privata* au-

tem *in privatum* committantur, a quibus ipse Lauterbachius *h. t.* non adeo longe recedere videtur, v. Brunneman. *Repet. Paratitl. Wesenb. tit. de publ. judic. qu. 1.* sed hi quidem non adeo accurate procedere videntur, cum & homicidium in privatum committatur & tamen non solum in Institutionibus, sed in Digestis quoque in catalogo delictorum publicorum recenseatur. Alii alias tradunt definitiones, quas omnes recensere præsentis instituti non est, vid. Huber. *prælect. ff. tit. de jud. public. §. 2.* Hahn *ad Wesenb. de privat. delict. num. 3. verb. privata sunt.* Struv. *S. I. C. Ex. 49. th. 1. & 2.*

Mihi ita videtur. Ab initio Reip. Romanæ judicia ideo *publica* dicebantur, quia ipse populus publice judicabat, conf. *l. 2. §. 16. & 23. ff. de O. I.* ubi dicitur, *quod nec ipsi Consules in caput civis Romani animadvertere injussu populi potuerint*, unde Cicero damnatus est Lege Clodia, quia injussu populi conjuratos supplicio affecit, v. Pacius *ad §. 1. ad J. de publ. jud. in fin.* Duarenus *l. 1. Disp. 37.* Gothofr. *ad rub. ff. de publ. judic.* Bachov. *ad Treutl. vol. 2. Disp. 31. th. 1. lit. A.* Brunneman. *ad l. 1. ff. de publ. judic.* Certus autem fuisse videtur horum judiciorum numerus, quæ recensentur in *l. 1. ff. d. t.* & ubi JCtus diserte affirmat, *non omnia judicia, in quibus crimen vertitur, publica esse, sed ea tantum, quæ ex Legibus publicorum judiciorum veniunt.* JCti accuratiores quoque jam dudum observarunt, Tribonianum potius etymologiam,

giam, quam exactam definitionem tradidisse, quando in §. 1. *J. de publ. judic.* publica judicia ideo sic dicta fuisse asserit, *quod cuivis ex populo executio eorum plerumque detur*, nam in popularibus etiam actionibus quilibet ex populo agit, eæ tamen propterea non sunt judicia publica, v. Huber. *loc. ant. cit.* §. 1. Elegans adhuc est locus apud Gothofredum *ad pr. J. de publ. jud. Publica*, inquit, *judicia in foro palam, sub dio, vel ab ipsis Prætoribus* (*sex Lictoribus ejus tribunal circumstantibus*) *sive Quæsitoribus pro tribunali in sella curuli sedentibus* (*quibus aderant Judices in subselliis sedentes 50. vel 60.*) *exercebatur*, qui Autor *ad l. 8. ff. de accus.* ordinem publicorum judiciorum veterem fuse etiam describit.

Hæc quidem apud veteres Romanos ita obtinuerunt, sed quæritur nunc ulterius, quænam moribus nostris publica judicia dicantur? ubi DD. in eo fere omnes consentire video, quod hodie delictum publicum & privatum ex intentione agentis dijudicandum, quod si enim hic *satisfactionem publicam* urget, delictum est *publicum*, sin vero *privatam satisfactionem*, *privatum* etiam vocari consvevit, v. Struv. *S. J. C. Ex. 48. th. 13.* illustr. Thomas. *Diss. Lips. de Abigeatu.* §. 7. add. Brunnemann. *Exerc. 31. ad J. ad pr. tit. de publ. judic.*

Usus in eo constitui posset hodie, quod in *delictis privatis* heredes etiam *post litem contestatam* obligentur ad pœnam privatam persolvendam, (idem est, si ob moram rei litis contestatio

testatio fieri non potuit, Farinac. *quæst. crim. 10. n. 51.*) quod secus se habet in delictis *publicis*, Farinac. *loc. cit. num. 53. seq.* Brunneman. *ad l. 1. ff. de privat. delict.*

Sic quoque in delictis *privatis* actio adversus heredes conceditur, *si aliquid ad eos ex delicto pervenerit*, non autem in *publicis*, Brunneman. *loc. cit.*

Posset hoc quoque addi, quod delicta *privata* anno, si ad pœnam privatam agitur; triginta vero annis, si ad rem persequendam; *publica* autem communiter viginti annis præscribantur, *l. 12. C. ad L. Corn. de fals.*

Item, in delictis *publicis* per modum denunciationis proceditur, & ea facta Judex ex officio inquirit; non autem in *privatis*, ubi officium solummodo mercenarium est.

In delictis *privatis* certi quid petere debet agens, non autem in publicis, *v. tit. de Edendo Dist. II.*

Alia repeti possunt ex *tit. de Judiciis Dist. I.* quibus adde, quod in delictis *publicis* absens Edictaliter citetur, non vero in *privatis*, v. *Doctrin. ff. tit. de judic. S. XX. XXI. XXII.*

LIB.

Lib. XLVII. Tit. II.

De Furtis.

DISTINCTIO I.

Inter Furtum *conceptum*, *oblatum*, *prohibitum* & *non exhibitum*.

CUm Imp. Justinianus jam suo tempore in §. 4. *J. de oblig. quæ ex delict. nasc.* asseruerit, *actiones concepti & oblati & furti prohibiti nec non furti non exhibiti in desuetudinem abiisse*, hinc adlata distinctio hodie etiam sine dubio inter inutiles referenda erit. Ceterum descriptionem singularum specierum in §. 3. & 4. *ff. d. t.* deprehendes.

DISTINCTIO II.

Inter Furtum *manifestum* & *non manifestum*.

USus de jure Romano *ratione pœnæ privatæ* sese exserebat. Scilicet propter furtum *manifestum* pœna quadrupli, propter *non manifestum* dupli saltem constituta erat, §. 5. *J. de oblig. quæ ex delict. nasc.*

Sed quid hodie? Qui usum adlatæ distinctionis hodiernum adhuc defendunt, ad *Art.* 157. & 157. *Const. Crim.* provocare solent, ubi pœna dupli & quadrupli non obscure repetita esse

esse videtur. Verum enim vero qui ad usum judiciorum respicit, is neque alias actiones Romanorum pœnales, neque has in specie ibi deprehendit, cum apud nos, sive fur dives, sive pauper sit, actio saltem ad ipsam rem ablatam recuperandam & deinde ad pœnam publicam infligendam institui soleat, unde huc pertinet Practicorum illud, es ist dieses niemahls zur observanz gekommen / & quilibet videt, compilatorem Constitutionis Criminalis ex ignorantia morum Germaniæ dictum locum illi constitutioni inseruisse. Non obstaret etiam, quamvis unum, aut duo exempla adduci possent, quod adhuc juxta jus Romanum pronunciatum fuerit; Resp. enim, unicam hirundinem non facere ver, & ex uno aut duobus præjudiciis nondum profluere usum practicum, conf. Carpzov. *Pr. Crim. qu. 78. n. 8.*

DISTINCTIO III.

Inter Furtum *domesticum* & *extraneum*.

USus in eo consistit, quod furtum *domesticum* pœna laquei nunquam coerceatur, bene tamen *extraneum*. Dicitur autem furtum *domesticum*, quod à Conjugibus, parentibus & liberis aliisque consanguineis intra quartum gradum, nec non à proximis affinibus, socero, vitrico, genero, privigno, sororis marito, &c. commissum. De jure civili etiam ad domesti-

mesticum referebatur, quod ab inquilinis, servis, famulis, ancillis, pedissequis, aliisque mercenariis, qui mercede diurna operas suas locant, perpetratum, sed tales personæ hodie plane non excusantur, de qua materia fuse agit Carpzov. *Pr. Crim. qu. 82. num. 39. usque ad num. 60.*

DISTINCTIO IV.

Inter Furtum *nocturnum* & *diurnum*.

Fur *nocturnus* ab eo, cui res suas auferre intendit, impune occidi potest, modo (1.) hoc faciat *pro defensione suæ personæ, vel rerum suarum*, unde fur, si absque rebus recedat, occidi nequit: (2.) *cum clamore:* (3.) *ut ignotus fuerit fur*, nec adfuerint testes, qui illum cognoscere & contra eum de furto deponere potuerint, & (4.) *quod capere non potuerit furem*, quæ quatuor ab interpretibus copulative requiruntur, alias si unum ex illis deficit, pœna extraordinaria locum habet, quam materiam iterum latius pertractat & Responsis Scabinorum Lipsiensium illustrat Carpzov. *qu. 32. n. 37. ad fin.* Adde locum *Exod. 22. vers. 2. & 3.* Wann ein Dieb ergriffen wird / daß er einbricht und wird drob geschlagen / daß er stirbt / so soll man kein Blut-Gericht über ienen lassen gehen / ist aber die Sonne über ihn aufgangen / so soll man das Blut-Gerichte gehen lassen.

DIST.

DISTINCTIO V.

Inter Furtum *magnum* & *parvum*.

PRopter furtum *magnum*, id eſt tale, quod valorem quinque aureorum Hungaricorum excedit, pœna ſuſpendii locum habet, non autem propter *parvum*, unde etiam ſi furtum à pluribus commiſſum diviſione autem rei furtivæ inter fures facta cujuslibet portio ad valorem quinque Ducatorum non aſcendat, pœna ſuſpendii locum non habet, quia furtum ſingulorum intuitu magnum eſſe debet, *v. Conſt. Crim. art. 159. ſeqq.* Carpzov. *quaſt. 78. num. 26. ſeqq.*

DISTINCTIO VI.

Inter Furtum *ſimplex* & *qualificatum*.

PRopter furtum *ſimplex* prima vice commiſſum pœna laquei regulariter dictari non poteſt, bene tamen propter *qualificatum*. Dicitur autem *qualificatum*, non ut vulgo deſcribunt, das mit Einſteigen und Erbrechen geſchicht / ſed prout recte ſtatuit Carpzov. *qu. 79. num. 5. & 6. quando effractio fit cum armis, magna adhibita violentia, ex qua facile ſeditio oriri poſſet & unde latrocinium a fure cum telo accedente metuendum*, ein gefliſſener / gefährlicher Diebſtall / id eſt, ubi ex circumſtantiis apparet, delinquentem & furandi & occidendi animum habuiſſe,

buisse, quia talibus armis instructus fuit, quæ communiter ad interficiendos homines adhiberi consveverunt, *Art. 159. & 160. Const. Crim.* ibi: So ist in dem Diebstall/ der mit Waffen geschicht/ einer Vorgewaltigung und Verletzung zu besorgen/ darumb in diesem Fall der Mann mit dem Strang gestraffet werden soll/ de quo latius videri potest Carpzov. *loc. cit.*

DISTINCTIO VII.

Inter Furtum *primum* & *tertium.*

OB *primum* pœna laquei non dictitatur, nisi aliud quid concurrat, ex quo singularis malitia furis appareat, *v. art. 160. Const. Crim.* ibi: Und in solchen Fällen/ muß man ansehen/ den Werth des Diebstalls/ auch ob der Dieb darob berüchtiget oder betreten sey/ mehr soll ermessen werden der Stand und das Wesen der Person/ so gestohlen hat/ und wie schädlich dem Beschädigten der Diebstall seyn mag/ und Straff darnach an Leib/ oder Leben/ urtheilen/ quam sententiam, quamvis multi dissentiant, per totam tamen Germaniam fere usu & praxi receptam esse testatur Daniel Müller. *ad Const. Elect. 32. num. 8. in fin. part. 4.* Sed ob tertium pœna laquei locum habet, modo tria furta simul computata valorem quinq; solidorum excedant. In Saxonia tamen per *tit. Const. Elect. 32. Part. 4.* etiam ob primum furtum magnum pœna laquei indistincte dictari solet, vid. Carpzov. *qu. 78. n. 68. usque ad 81.*

DISTINCTIO IIX.

Inter Furtum *rei*, *usus* & *possessionis*.

RAtione *pœnæ privatæ* conveniunt hæ tres furti species, quemadmodum enim ob furtum *rei* non manifestum actio furti ad consequendum duplum competit, §. 5. *J. de oblig. quæ ex delict. nasc.* ita quoque ob furtum *usus*, *l. 54. pr. & §. 1. ff. h. t.* nec minus ob furtum *possessionis*, *l. 46. §. 1. seqq. l. 79. ff. eod. l. 74. ff. de solut.* ubi tamen non res ipsa, sed interesse duplatur. Hactenus ergo distinctio illa usum aliquem apud Romanos ne quidem habuit.

Deprehenditur tamen ille *intuitu pœnæ publicæ*, nam pœna laquei propter furtum *rei* quidem locum habet, non tamen propter furtum *usus* & *possessionis*, de quo iterum consulendus sæpe citatus Carpzovius *quæst. 85. per tot.*

LIB. XLVII. TIT. X.

De injuriis & famosis Libellis.

DISTINCTIO I.

Inter iniuriam *verbalem* & *realem*.

USus hic est. Ob injuriam *verbalem* actio æstimatoria, quia Prætoria est, *intra annum saltem* institui potest a tempore notitiæ computandum, *l. 17. §. 6. ff. de injur. l. 5. C. eod.* secus in injuria *reali*, quando actio illa ex L. Cornelia propterea instituitur, quia quis alterum verberavit, pulsavit, aut domum ejusdem vi in-

vi introivit, hæc enim, quia ex jure civili descendit, *triginta demum annis* præscribitur, *arg. l. 3. C. de praescript. 30. annor.* quod autem ex L. Cornelia ad æstimationem agi possit, satis liquide ex *l. 37. §. 1. ff. h. t.* apparet, v. B. Stryk *in tr. de act. forens. invest. sect. 1. membr 10. §. 49.*

DISTINCTIO II.

Inter injuriam *scriptam* & *non scriptam*.

USus in Camera deprehenditur. Quod si enim injuria *scripta* est, illam *perpetuo* vindicari posse statuunt Cameralistæ, vid. Gail. *lib. 2. Obs. 108.* si vero *non scripta* est, actio injuriarum *anno* præscribitur.

In Saxonia & *scripta* & *non scripta* injuria anni lapsu extinguitur, Carpzov. *P. 4. C. 46. Def. 1. in fin.* quam sententiam & juri Romano conformem esse asserit illustr. Stryk *loc. cit. § 48.* quippe quod hoc respectu injuriam alteram ab altera neutiquam distinguit, add. Struv. *S. J. C. Ex. 48. th. 65.*

DISTINCTIO III.

Inter *injuriam scriptam* & *famosum libellum*, sive *Pasquillum*.

QUoad differentiam theoreticam DD. in eo, ni fallor, conveniunt omnes, quod

famosus libellus alteri *delictum aliquod, vel factum turpe* imputare debeat, Heigius *P. 2. quæst. 31. num. 16. seqq.* unde, si quis saltem luscus, claudus, spurius, vel, ut addit de suo tempore Carpzovius *prax. crim. qu. 98. num. 51.* novitius, ein Pennal/ vocetur, hoc non pro famoso libello, sed pro injuria scripta habendum est.

Verum in eo maximum inter Interpretes deprehenditur schisma, quando nempe quæritur: *utrum etiam ad essentiam famosi libelli requiratur, ut autor nomen suum occultet?* Affirmativam tuentur Carpzov. *d. qu. 98. n. 28. seqq.* Schultes *in addit. ad Matth. Coler. Part. 1. Decis. 154. num. 15.* Finckelth. *Obs. 38. per tot.* qui plures allegat. Provocant hi ad *l. 5. §. 9. ff. de injur.* item *ad l. un. C. de famos. libell.* nec non ad *Const. Crim. art. 110.* ibi: So iemand durch Schmähebrieffe/ die er ausbreitet/ und sich nach Ordnung der Rechte mit seinem rechten Tauff- und Zunahmen nicht unterschreibet/Laster und Ubel zumisset. DD. Saxonici adhuc addunt *Const. Elect. 44. Part. 4.* §. Ordnen und setzen auch.

Negativam propugnant Petrus Heigius *d. p. 2. qu. 31.* Bocerus *de famos. libell. cap. 2. n. 7. 8.* Stephani *ad art. 110. Const. Crim.* & alii ab hoc citati, qui non minus ac priores ad *l. 5. §. 9. ff. de injur.* præcipue autem ad *Recess. Imp. de An. 1577. tit. 35.* von Buchdruckern/ Schmähe-Schrifften &c. *verb.* es habe der Autor seinen

Nah-

Nahmen darunter gesetzt / oder nicht &c. provocant.

Nobis affirmantium sententia negativæ præferenda esse videtur ex rationibus, quas longo numero suppeditat Finckelthaus. *cit. obs. 38.* ubi in specie *num. 17.* monet verba: Es habe der Autor seinen Nahmen darunter gesetzt / oder nicht / non referenda esse ad Pasquillos, quippe de quibus demum *in fine d. tit. 35.* agatur, sed ad libros ad injuriam alterius & contemtum scriptos, quod illi imprimi & vendi non debeant, quamvis in iis Autoris nomen adjectum fuerit.

Usus distinctionis huc breviter redit, quod ob *injurias scriptas* pœna arbitraria saltem dictari soleat, ob *famosum libellum* autem, si in eo delictum capitale alicui imputatum fuit, pœna ultimi supplicii locum habeat, vid. Stephani *loc. prax. cit.* quamvis nec hoc adeo rigide hodie observari soleat.

LIB. XLVII. TIT. XI.

De extraordinariis Criminibus.

DIST. I.

Inter Crimina *ordinaria* & *extraordinaria*.

VAriæ hic DD. sunt opiniones, quænam inter duo illa intercedat differentia. Admodum vero placent, quæ hac de re habet illustr. Thomasius *in Diss. Lips. de Abigeatu* §. 8. Publica scilicet in specie dicta (sive *ordinaria*) ea esse, in quæ pœna interesse Reipubl. respiciens *certa aliqua & speciali Lege publicorum judiciorum, vel SCto* est statuta, quamvis *ipsa pœna non semper sit certa* ob nimis variantes circumstantias, ut in crimine falsi: e contrario autem *extraordinaria* vocari, *ubi deficit Lex vel SCtum*, pœnam dictans, sed ejus impositio relinquitur arbitrio judicis, quamvis interdum memoretur, *certam quandam pœnarum speciem per Constitutiones & Responsa Prudentum tali delicto applicatam fuisse*, ut in crimine partus abacti, *l. 4. ff. de extr. crim.*

Quid

Quid in effectu interfuerit, de eo agit Ant. Matthæi *de Crimin. in proleg. cap. 4. n. 10.* & Huber. *in Prælect. ff. h. t.* quos Autores excerpsit Dn. Beyer *in Posit. ff. h. t.* Potiora momenta huc recurrunt: Dicunt (1.) in criminibus *ordinariis* fuisse *certam formulam* accusandi, non autem in *extraordinariis*.

(2.) In *ordinariis quemlibet ex populo* accusare potuisse, non autem in *extraordinariis*.

(3.) In *ordinariis* fuisse *certum ordinem judicialem*, (de quo late Gothofred. *ad l. 8. ff. de publ. judic.*) non autem in *extraordinariis*.

Verum enim vero cum hodie nec in civilibus, nec in criminalibus, ordinariis aut extraordinariis judiciis, formulas habeamus, (posito etiam, quod olim in ordinariis tales fuerint,) nec porro hodie quilibet ex populo accuset atque ordo judiciorum publicorum jam in *l. 8. ff. de publ. judic.* abrogatus fuerit; hinc conclusionem facile fluere existimamus, adlatam distinctionem non habere usum in praxi. Alia huc facientia habet illustr. Thomasius *loc. cit.* §. 12. *seqq.* & nostram sententiam confirmat Collegium juris Argentoratense *ad ff. h. t.* §. 2. *in f.*

LIB. XLVII. TIT. XXIII. De Popularibus actionibus, & LIB. XLIIX. TIT. I. De Publicis Judiciis.

DIST. I.

Inter *actiones populares* & *judicia publica*.

Conveniunt hactenus, *quod quemadmodum in judicio publico quilibet ex populo agere potest, ita quoque in actione populari*; sed differunt *intuitu finis*. Scilicet *in judicio publico* agitur ad pœnam *Fisco* persolvendam, ast vero in *actionibus popularibus* ea pœna *actori* applicatur, v. g. in actione albi corrupti, sepulchri violati, de dejectis vel effusis, si liber homo ex ea dejectione perierit, &c. vid. Dn. Thomas. *loc. alleg. §. 9.*

Hodie cum ex mulctis actoribus nihil omnino relinqui soleat, sed Fiscus in quibuscunque delictorum & actionum generibus omnia ad se rapiat, atque per consequens actiones populares non sint in rerum natura amplius, hinc fere inferre auderem, adlatam distinctionem apud nos usum non habere.

LIB.

Lib. XLIIX. Tit. IV.

Ad L. Juliam Majeſtatis.

DIST. I.

Inter Crimen *Perduellionis* & *læſa Majeſtatis in ſpecie*.

CRimen *Perduellionis* vocant, quando aliquid ſuſcipitur à delinquente, *quod ſalutem ipſius Imperantis & Reip. directo & neceſſario deſtruit*, quo pertinent inſidiæ vitæ Principis ſtructæ, rebellio, ſeditio, tumultus, &c. *v. l. 1. ſeqq. ff. h. t.* Sed crimen *læſæ Majeſtatis in ſpecie* dicitur, quando aliquis ex ſubditis ſibi ea propria authoritate adſcribit, *quæ ad Regalia minora pertinent & absque ſpeciali conceſſione posſideri nequeunt*, v. g. ſi quis privatos carceres, vel alios actus jurisdictionales exercet: ſi quis monetam cudit: ſi quis absque conceſſione Principis venationem exercet, &c. vid. Struv. *S. J. C. Exerc. 49. th. 20. & 21.*

Hæc duo crimina propter pœnæ diverſitatem probe ſeparanda. Nam crimen *perduellionis* punitur capitaliter gladio, vel etiam interdum pro ratione circumſtantiarum diſſectione in quatuor partes: memoria rei poſt mortem ejus damnatur, quod fit inſignium ruptione, ædium demolitione, aliisque modis:

bona confiscantur: filii infamia notantur, *l. 5. C. h. t.* scientia etiam & conatus pœna ordinaria punitur, *d. l. 5.* Bartol. *ad l. 3. ff. h. t.* Bocerus *de crim. majest. c. 2. num. 39.* & hoc crimen post mortem delinquentis quoque coërcetur, vid. Struv. *d. th. 20.* cujus exemplum in Cromvvellio, Protectore quondam Angliæ, habemus, & quantum ad scientiæ pœnam attinet, in Thuano in Gallia propterea pœnæ capitali subjecto, de quo Priolus *de reb. Gall. lib. 1.* videri potest.

In crimine *læsæ Majestatis in specie* pœna arbitraria locum habet communiter, vel si etiam ad capitalem devenitur, ut propter crimen falsæ monetæ, confiscatio tamen bonorum & reliqua enormia, de quibus modo dictum, in totum cessant, vid. Carpz. *Pr. crim. qu. 41. num. 123.* quamvis hic Autor duo recensita crimina non adeo accurate & sollicite ab invicem distinguat.

LIB. XLIIX. TIT. V.

Ad L. Jul. de Adulteriis coercendis.

DISTINCTIO I.

Inter Adulterium *simplex* & *duplex*.

Adulterium *duplex*, die Ober-Hurerey / jure Mosaico in utraque persona capitaliter punitur, *Levit. 20. v. 10.* sed Justinia-

ſtinianus fœminas ab hac pœna exemit, ejusque loco ſubſtituit, ut virgis cæſæ in monaſterium detrudantur, ita tamen, ut mariti facultate easdem intra biennium iterum recipiendi pollere debeant, *Nov. 134. c. 10.* & exinde deſumpta *Auth. ſed hodie C. h. t.* ad quam Juſtiniani Conſtitutionem ſe remiſit Carolus V. *in Conſt. Crim. art. 120.* ibi: ſollen nach Sage unſer Vorfahren und unſer Käyſerlichen Rechten geſtrafft werden. De antiquis pœnis late agit Heigius *p. 2. qu. 29. num. 36. ſeqq.*

In praxi idem adhuc obtinere, vel, ubi apud Proteſtantes monaſteria non amplius habentur, uxoribus adulteris pœnam fuſtigationis cum perpetua relegatione dictari ſolere, aſſerit Carpzov. *Pr. Crim. qu. 53. n. 30. ſeqq.* De plurimis tamen locis contrarium, id eſt, quod tam intuitu fœminarum, quam maſculorum pœna capitalis obtineat, teſtantur Joach. à Beuſt. *de Connubiis p. 2. c. 18.* Herman. V[illegible]ejus *ad §. 7. J. de publ. judic.* vid. Struv. *Ex. 49. th. 30.* & Stephani *in not. ad Art. 120. Conſt. Crim.* in ſpecie de Electoratu Saxoniæ; Palatinatu & Ducatu Haſſiæ Heigius *d. qu. 29. num. 72. 73.* de Electoratu Brandenburgico Brunnemann. *Proc. inquiſ. cap. 9. num. 30.* Unde hic ad mores cujusvis loci reſpiciendum. Sane de jure *Lubecenſi* pœna in utroque conjuge adultero *prima vice* ſaltem eſt *60. marcarum Lubecenſium*, aut qui tantum in bonis non habet,

habet, cippo imponitur: *secunda vice* simpliciter *cippo imponuntur* adulteri, possunt tamen ejus loco perpetuam relegationem eligere: *tertia denique vice* & *cippo imponuntur & deinde relegantur in perpetuum*, vid. *Jus Lubec. l. 4. Tit. 6. Art. 2.* idem apud *Bavaros*, *Tirolenses*, *Argentinenses*, *& Friburgenses* testante Heigio *d. p. 2. qu. 29. num. 75.* Mev. *ad jus* Lub. *lib. 4. tit. 6. art. 2. n. 3.*

Hæc de pœna adulterii duplicis. In *simplici* subdistinguendum. Aut *solutus concumbit cum uxore aliena*, & tunc jure communi masculus solutus pœna capitali afficitur, uxor vero adultera itidem, ut antea dictum, punitur, vid. Struv. *Exerc. 49. thes. 30.* Stephani *ad Const. crim. art. 120. num. 5.* Jure Saxonico autem utrique delinquenti pœna gladii dictitatur, Carpzov. *Pr. Crim. qu. 54. num. 27. seqq.* quod & in nonnullis aliis locis observari ex Beustio tradit Struv. *loc. alleg.*

Aut vero *maritus cum soluta concumbit*, & tunc jure communi marito pœna relegationis & fustigationis; fœminæ solutæ autem relegationis temporalis, vel carceris etiam dictatur, Struv. *loc. cit.* jure Saxonico Electorali maritus capite plectitur & fœmina soluta virgis cæsa in perpetuum relegatur, Carpzov. *qu. 53. num. 36. seqq. & qu. 54. num. 37. seqq.* ubi *num. 43. seqq.* hanc pœnam etiam

in

in Comitatu Schvvartzburgensi & Henne-bergensi, nec non in ditionibus Baronum à Schönburg receptam esse testatur.

In Electoratu Saxoniæ in eo etiam adlatæ distinctionis usus adparet, quod *remissio conjugum in simplici quidem adulterio* locum habeat, non autem in *duplici*; extra Electoratum autem hæc differentia cessat, & in utraque adulterii specie propter conjugis innocentis intercessionem mitior pœna dictari solet, Id. *quæst. 55. num. 109. seqq.*

DISTINCTIO II.

Inter *stuprum* & *fornicationem*.

S*Tuprum* cum fœmina (virgine vel vidua) *honeste vivente* committitur, *fornicatio* autem cum tali, quæ *passim se prostituit*, *v.* §. *4. J. de publ. jud. lib. 43. pr.* §. *1. seqq. ff. de rit. nupt.* & cui adeo nomen *meretricis* tribuitur in Legibus.

Hæc duo neutiquam sunt confundenda, cum alia longe in effectu fornicationis, quam stupri sit ratio. Scilicet propter *Stuprum* commissum stuprator eo adstringitur, ut vel in matrimonium ducat personam stupratam, vel eandem dotet; at in *fornicatione* & si quis cum meretrice concubuit, hæc prorsus ces-

sant,

sant, Carpzov. *qu. 68. per tot. in specie num. 76. seqq.* ubi tamen *num. 118.* notat, *ratione alimentorum infanti praestandorum* nihil interesse, utrum quis cum persona honesta, an vero cum meretrice concubuerit.

Ratione *poenae publicae* hoc discriminis intercedit inter stuprum & fornicationem, quod propter *stuprum* tam masculo, quam foeminae poena carceris, (vel etiam pecuniaria in plerisque locis) dictari soleat, quod eodem modo in *fornicatione* quoad masculum obtinet, ast meretrici, *si clam exercuit artes suas*, plerumque poena carceris, aut alia arbitraria; *si palam*, poena relegationis dictatur, vid. Id. *qu. 69. & 70.*

Filia *stuprum passa* propterea nondum potest exheredari, bene tamen, si *meretricio more* vivere incipiat ante annum 20, *v. Nov. 115. c. 3. §. 11. ibique Gothofred. in not.* Wesenb. *in parat. ff. de lib. & posth. hered. inst. num. 5.* Carpzov. *qu. 69. num. 65. seqq.* Ineptum vero est, quod dicit glossa *in c. vidua. dist. 34. verb. multorum, meretricem eam demum esse, quae plures admiserit, quam 23000. homines.*

Liberi ex *stupro* procreati vocantur *naturales* & legitimari possunt; qui autem *ex fornicatione*, *spurii* appellantur & legitimari nequeunt, nisi accedat dispensatio Principis.

Ita

Ita de jure Romano, sed hodie etiam spurios legitimari æque ut naturales, tradunt DD. vid. Struv. *Exerc. 3. thes. 471.* Stephani *ad l. Nov. 118. num. 32.*

Meretrix a vicinis ex vicinia expelli potest, Menoch. *l. 2. A. Q. cas. 78. num. 11. & cas. 228. num.* 14. Brunneman. *ad l. 1. §. 2. C. de S. Trinit.* Dion. Gothofred. *ad l. 4. C. de spectac. & scen. & Lenon.* non autem persona *stuprum passa.* De jure communi in *meretricem* non committitur stuprum violentum, bene tamen in defloratam; quod tamen de jure Saxonico non attenditur, Carpzov. *qu. 75. n. 12. seqq.*

DISTINCTIO III.

Inter Stuprum *violentum* & *voluntarium.*

PRius gladio punitur in masculo, *posterius* pœna arbitraria, prout ad *Dist. præced.* dictum. In *voluntario* etiam persona deflorata punitur, prout ibidem ad *Dist. eand.* dictum, sed in *violento* non nisi coronam virginitatis, den Jungfrauen Crantz / tanquam signum corporalis virginitatis amplius gestare non debeat, vid. Carpzov. *qu. 75.* quamvis hodie hoc signum apud plerasque virgines in desvetudinem abierit.

DIST.

DISTINCTIO IV.

Inter Sodomiam *cum hominibus* & cum *bestiis* commissam.

JUre Carolino nulla est differentia, utrumque enim delictum pœna ignis coercetur, *Const. Crim. art. 116.* Ast jure Saxonico, in *priori* casu pœna gladii saltem obtinet, Carpzov. *qu. 76. num. 19. seqq.*

Lib. XLIIX. Tit. VI. & VII.

Ad L. Jul. de vi publica & privata.

DISTINCTIO I.

Inter vim *publicam & privatam.*

PUblica ita vocatur, vel ratione *personæ inferentis*: vel ratione *patientis*: vel *modi*: vel *loci*; *privata* autem, ubi omnes ejusmodi circumstantiæ desunt, vid. Lauterbach. *Comp. jur. h. tit.*

Utriusque pœna est arbitraria, carceris, relegationis, &c. ita tamen, ut propter vim publi-

publicam ea communiter exasperari soleat, sic v. g. illi, qui in loco publico aliquem percussit, vel itinera obsidet, (Germani vocant die Vorwegelagerung) manus amputari solet, atque in aliis casibus sæpe fustigatio cum perpetua relegatione dictari consvevit, de quo fuse agit Carpzov. *quæst. 40.*

DISTINCTIO II.

Inter *vim publicam* & *crimen fractæ pacis publicæ*.

DE *priori* modo dictum. *Posterius* autem banno Imperiali coërcetur & si deprehenditur bannitus, pœna gladii afficitur, *v. Const. Crim. art. 128. & 129. ibique Stephani in Comment.* Ad crimen fractæ pacis publicæ autem requiritur præcipue (1.) ut fiat *cum armis* & (2.) *coadunatis hominibus*, ita ut speciem belli alicujus privati præ se ferat. Numerus personarum tamen non est determinatus, sed quemadmodum in justis bellis exercitus interdum major est, interdum minor: ita hic quoque interdum plures, interdum pauciores socii adhibentur, vid. Carpzov. *qu. 35.*

LIB. XLIIX. TIT. IIX.

Ad L. Corneliam de Sicariis.

DISTINCTIO I.

Inter Homicidium *dolosum, culposum & casuale.*

DOlosum pœna gladii coercetur: *Culposum* pœna extraordinaria, fustigationis, vel relegationis, pro gradu admissæ culpæ: *Casuale* plane non punitur, Carpzov. *qu.* 1. *&* 27. Brunnem. *Proc. inquis. cap.* 9. *num.* 54. *sequ.*

DISTINCTIO II.

Inter Homicidium *simplex & qualificatum.*

SImplex, quod in rixa *subito oriente* committitur, pœna gladii punitur, ut modo dictum; sed in *qualificato* pœna exasperatur. Idque vel ideo, *quia duplex vinculum violatum*, ut in crimine parricidii, ubi pœna culei: vel *quia aliud delictum concurrit*, ut in Latrocinio animus occidendi & lucrifaciendi, ubi pœna rotæ: vel *quia longa precessit deliberatio & insidiæ,*

fidiæ, ex quibus major malitia colligitur, ut in crimine veneficii & aſſaſſinii, ubi itidem pœna rotæ locum invenit, vid. Carpzov. *qu.* 8. *19. 22. &c.*

LIB. XLIIX. TIT. IX.

De L. Pompeja de Parricidis.

DISTINCTIO I.

Inter Parricidium *proprium & improprium.*

PRoprium, quod in linea recta ab aſcendentibus committitur, pœna culei coercetur, ſive ſuffocatione in aquis, ubi juxta *l. un. C. de his, qui parent. canis, gallus gallinaceus, vipera & ſimia* culeo ſimul includuntur. Hodie extra Saxoniam hæc animalia ubique fere omittuntur, vid. Brunneman. *Proc. inquiſ. cap. 9. num. 70.* In Saxonia tamen peculiari ſacculo includuntur, loco ſimiæ felis ſubſtituitur, & ſi vivus ſerpens haberi nequeat, pictus adhibetur, culeus etiam non amplius ex corio, ut olim, ſed ex linteo conficitur, Carpzov. *qu. 8. n. 19 ſeqq.*

Si aqua publica deficiat, in Saxonia rota substituitur, id. *loc. cit. n. 22.* extra Saxoniam gladius, Brunneman. *d. cap. 9. n. 70.*

Improprium vocant, quod committitur proximos collaterales usque ad quartum gradum, item proximos affines, conjuges & benefactores, v. gr. Patronos, occidendo. Pœna hic saltem ea est, quæ in homicidio alias locum invenit, gladii scilicet, nisi quod in crimine uxoricidii & mariticidii in Saxonia pœnam culei usitatam esse testatur Carpzov. *quæst. 12.* Extra Saxoniam pœnam gladii obtinere dicit Brunneman. *d. c. 9. num. 73.* nisi delictum sit diu coctum & deliberatum, ubi pœnam rotæ dictari solere asserit.

In *art. 137. Const. Crim.* additur quidem, quod in hoc parricidio improprio Reus ferro candenti sit adurendus, vel trahæ alligatus ad supplicium rapiendus & cadaver rotæ imponendum; sed hoc in praxi non observari, nisi forsan singulares insidiæ præcesserint, aut sit parricidium proprium, testatur illustr. Stryk *in not. ad Lauterbach. h. t. verb. ferro candenti*, add. Brunnemann. *d. c. 9. num. 70.*

LIB.

LIB. XLIIX. TIT. XVI.

Ad SCtum Turpilianum & de abolitionibus criminum.

DISTINCTIO I.

Inter *Calumniatores*, *Prævaricatores* & *Tergiversatores*.

C*Alumniator* hic dicitur, qui dolo malo alterum innocentem de crimine accusat, *lib. 1. §. ff. h. t.* *Prævaricator*, qui vera crimina abscondit, seu eas probationes dolose omittit, quibus convincere potuisset accusatum. *Tergiversator*, qui a cœpta semel accusatione plane iterum desistit, ab accusato ad hoc inductus, *d. l. 1. §. 1. h. t. l. 6. pr. ff. eod.*

Calumniatoribus olim ex Lege Remmia litera K in fronte inurebatur, Gothofred. *ad l. 1. §. 2. h. t.* neque enim tunc calumnia, sed Kalumnia scribebant; jure Codicis hæc inustio abrogata fuit, licet ex erronea causa, inque ejus locum pœna talionis substituta, *l. 17. C. de pæn. l. fin. C. de accusat.*

Prævaricatores itidem eidem pœnæ subjiciuntur,

untur, qua afficiendus fuisset accusatus, si per prævaricationem pœnam non evasisset, *l. 6. ff. de prævaricat.*

Tergiversatores, si abolitionem non impetrarunt, quinque libris auri puniuntur, *l. 3. §. 3. ff. de prævaricat.* & accusare amplius non possunt, *l. 2. ff. h. t.*

Vides, distinctionem præsentem exinde originem suam habere, quod apud Romanos in criminibus publicis quilibet ex populo accusationem instituerit; unde cum apud nos illæ accusationes fieri non soleant, dictam distinctionem utilitatem aliquam in praxi non præstare, asserere nullus dubito.

Sunt quidem apud nos adhuc in usu *Calumniatorum* & *Prævaricatorum* vocabula, sed non in eo significatu, quem modo adduximus. *Tergiversatorum* nomen vero hodie plane non auditur. Scilicet illi quoque vocantur *Calumniatores*, qui vel *repugnante conscientia litigant*, unde juramentum calumniæ deferri solet, vel *qui ob calumniosam litem* (civilem) *pecuniam acceperunt*, de quibus agitur sub *tit. de Calumniatoribus*, vid. Brunnemann. *Rep. Parat. tit. de Calumniator. qu. 3.* Per *Prævaricatores* autem eos Advocatos, vel Procuratores hodie intelligimus, qui cum parte adversa colludunt

ludunt & secreta causæ revelant, vid. Lauterbach. *ad tit. de prævaricat.* sed, prout dixi, illi significatus non sunt hujus loci.

DISTINCTIO II.

Inter Abolitionem *generalem* & *specialem.*

Generalis sive *publica* fiebat apud Romanos non per Judicem, sed ex Legis dispositione, ut scilicet feriis, e. g. Paschalibus, post motam ab aliquo accusationem supervenientibus, dicta accusatio suspenderetur & feriis finitis in arbitrio accusatoris esset, utrum in accusando pergere velit, annon. Idem obtinebat ob supervenientem alium diem insignem, vel publicam gratulationem, v. g. ob natalem filii Principis, vel ob rem prospere gestam, &c. *v. l. 3. C. de episcop. aud. l. 8. 9. & 12. ff. h. t.* & omnino Gothofred. *ad d. l. 12. ff. h. t.* Et hic accusator desistens, quamvis justam desistendi causam probare non posset, in pœnam SC. Turpiliani in Tergiversatores statutam (*v. Dist. praced.*) non incidebat.

E contrario abolitio *specialis* sive *privata* à Judice, coram quo accusatio mota erat, impetrabatur, sed hic ad evitandam pœnam SCti justa causa probanda erat, pro qua repu-

 tabatur,

tabatur, si quis per errorem, temeritatem, simplicitatem vel calorem, dum suam suorumque injuriam vindicare intendebat, ad accusationem se prosiluisse dicebat, *l. 2. C. de abolit. l. 5. & 6. C. ad SCt. Turp.* & fiebat tunc abolitio inscio etiam accusato. Exceptio erat, si vel carceres, vel tormenta, vel verbera, vel catenas jam sustinuerat, tunc enim ipsius quoque consensus accedere debebat, *l. 3. C. de abolit.*

Vides iterum, distinctionis usum intuitu eorum, *qui in publicis judiciis alios accusant*, se unice exserere, at vero notum est, tales accusatores apud nos vel plane non dari, vel admodum raros ad minimum esse, unde prono alveo etiam profluit, distinctionem hodie in praxi nullius, vel exiguæ esse utilitatis. Equidem vocabulum *abolitionis* haud raro adhuc hodie auditur, quando scilicet Inquisiti pro cassatione processus inquisitorii adversus ipsos moti Principi supplicare solent; sed prout quilibet videt, hæc abolitio (quæ oblata certa pecuniæ quantitate fieri solet) toto cœlo ab abolitione Romanorum differt, & est potius aggratiatio, quam abolitio. Scilicet apud Romanos abolitionem petebat *accusator*, hodie autem *accusatus*, sive potius *inquisitus*, conf. Struv. *Ex. 49. th. 89.*

LIB.

LIB. XLIIX. TIT. XIX.

De Pœnis.

DIST. I.

Inter Pœnam *conventionalem* & *legalem*.

C*Onventionalis*, (quo refero den Reu-kauff / item pœnam dupli propter evictionem Romanis usitatam) etiam *ab heredibus exigi potest*, *l. 47. ff. de act. emt.* quod in pœna *legali* secus se habet.

DISTINCTIO III.

Inter pœnam *civilem* & *criminalem*.

USus hic est, quod pœnam *criminalem*, quæ ad publicam satisfactionem pertinet, Judex *ex officio imponere possit*, quamvis nullus actor existat; hoc aliter se habet in pœna *civili*, v. g. in æstimatione injuriarum, pœna dupli, quadrupli &c. apud Romanos usitata, hujus enim intuitu officium Judicis mercenarium est. Adde, quod pœna civilis *remitti possit invito Judice*: criminalis non item.

NB. In Saxonia etiam *civiles* pœnæ vocantur nonnullæ, licet ad publicum interesse tendant, quarum præcipue hæ tres sunt: *pœna pecuniaria*, *carcer* & *relegatio*, qui significatus adeo cum priori illo, qui juris civilis est, confundi non debet, quia has pœnas Judex etiam ex officio nobili infligere potest; vid. Carpzov. *prax. crim. qu. 130.* Sed manet tamen & apud Saxones usus distinctionis eo casu. Scilicet si Reo pœna ejusmodi *civilis* infligitur, tunc ille expensas inquisitionis restituere tenetur, non vero, si ipsi pœna *criminalis* dictitatur, Carpzov. *Pr. crim. qu. 38.* Sed extra Saxoniam utroque casu merito reus ad refusionem expensarum adstringitur, prout recte monet Brunnemann. *Proc. inquis. c. 9. num. 3.*

DISTINCTIO III.

Inter pœnam *capitalem & non capitalem.*

Pœna *capitalis* in jure civili vocatur, quæ vel naturalem, vel civilem vitam, v. g. libertatem aut civitatem, reo condemnato adimit, §. *1. J. de publ. jud.* Verum jure Saxonico amissio vitæ civilis non attenditur, sed illa saltem pro capitali pœna reputatur, quæ vita naturali accusatum privat, Carpzov. *Pr. crim. qu. 129.*

qu. 129. num. 1. 2. 3. Unde de jure civili fustigatio primum locum inter pœnas *non capitales* occupat, sed de jure Saxonico etiam condemnatio ad opus publicum huc pertinet, Id. *d. l. n. 13.* vid. Lauterbach *h. tit.*

Usus in eo quæri potest. Magistratus inferior merum imperium habens pœnas *non capitales*, v. g. fustigationem, relegationem, &c. remittere & in mitiores, v. g. mulctam, convertere valet, at in *capitalibus* ne minimum quidem ipsi hac parte arbitrium relictum est, sed hic unice ad Principem confugere & ejusdem gratiam implorare oportet, Carpzov. *qu. 150.*

LIB. XLIIX. TIT. XXII.

De Sententiam passis & restitutis.

DISTINCTIO I.

Inter Restitutionem *justitiæ & gratiæ.*

HÆc distinctio cum usibus suis jam supra *lib. 4. tit. 1.* explicata est. In præsenti hoc saltem addimus, quod quan-

quando Princeps pœnam solummodo remittit, condemnatum autem in pristina jura, dignitates & honores non restituit, ea restitutio tunc *minus plena* vocari soleat; quod si vero hæc omnia recipit Reus, *plena* nomen consequitur, vid. Lauterbach *comp. jur. h. t.* Plena in dubio non præsumitur, sed minus plena saltem.

Lib. XLIX. Tit. I.

De Appellationibus & Relationibus.

DISTINCT. I.

Inter Apostolos *dimissorios, reverentiales, refutatorios, testimoniales & conventionales.*

TEstimoniales à Notario dantur, quando coram ipso & Testibus appellatio rite est interposita, & hi, prout res ipsa monstrat, *intra decendium* petuntur, quia appellatio intra decendium coram Notario interponi debet. Hi ubique fere sunt in usu.

Con-

Conventionales pars parti dat & in alterius appellationem se consentire declarat. Hi apud nos plane in desuetudinem abierunt.

Dimissorii sunt, quando Judex a quo injustitiam sententiæ (a Judice extraneo forsan conceptæ) ipse agnoscit, & sic *appellationem justam esse persvasus est.*

Refutatorii e contrario, quando *appellationem injustam esse credit* & proinde argumenta, quæ forsan appellans adducit, vel adducere potest, breviter refutat.

Tandem vero *Reverentiales*, quando *de justitia appellationis dubitat*, vid. Brunnemann. *Proc. civ. c. 28. num. 57.* Hæ tres species posteriores intra 30. dies a die publicationis Sententiæ computandos peti debent, *l. un. ff. de libell. dimiss.* Omnes sunt in usu. Comparative tamen refutatorii & reverentiales frequentius adhibentur, quam dimissorii.

DIST. II.

Inter *interpositionem*, *introductionem* & *justificationem* appellationum.

INterpositio appellationis intra *decem dies coram Judice inferiore* fieri debet, atque hoc fatale

fatale nec Judicis decreto, nec partium conventione prorogari poteſt, *v. ſupra tit. de feriis Diſt. V.*

Introductio expeditur *coram Judice ſuperiore* per oblationem Apoſtolorum, petitionem citationis adverſæ partis, compulſorialium & inhibitorialium, quod intra *ſex menſes* fieri debet, *Ordin. camer. p. 2. tit. 30. §.* Würde aber &c. ſed tamen hoc fatale prorogationem admittit. In Tribunali Wismarienſi terminus eſt trium menſium, Brunnemann. *Proc. civ. c. 28. num. 67.* In Saxonia unius, Fibig. *in Proceſſ. c. 2. §. 21. num. 4. ibique Svendendörffer in not.* alibi aliter.

Juſtificatio fit coram Judice ſuperiore per oblationem gravaminum eorumque deductionem & probationem. Hæc olim intra *annum*, & ad ſummum intra *biennium* fieri debebat, *v. l. f. §. f. c. de temp. appellat.* Brunnemann. *l. c. num. 89.* ſed hodie ubique, & in Camera, & in Provinciis Statuum, lites & inter eas in ſpecie appellationes, ſemper ſpirant & non exſpirant.

Lib. XLIX. Tit. XV.

De Captivis & postliminio & redemtis ab hostibus.

DISTINCTIO I.

Inter Fictionem *L. Corneliæ & Juris postliminii.*

Civis Romanus per adversam fortunam in captivitatem detrusus, vel *moriebatur apud hostes*, vel *ex captivitate feliciter redibat*. *Priori* casu locum habebat fictio *L. Corneliæ*, qua fingebatur, *captivum eo statim momento, quo capiebatur, mortuum fuisse*, *l. 12. ff. qui testam. fac. poss. posteriori* ad fictionem juris postliminii recurrebant, *quasi scilicet captivus reversus numquam in captivitate fuisset*, §. 5. *J. quib. mod. jus patr. pot. solv.* unde omnia jura postliminio iterum restituebantur, excepta possessione, quæ de novo apprehendi debebat, *l. 23. §. 1. ff. de acqu. poss.*

Vides, duas hasce fictiones ex eo fundamento apud Romanos introductas fuisse, quia servitus apud illos ex captivitate oriebatur

batur, unde cum hodie contrarium DD. uno ore afferant, dictis fictionibus non amplius indigemus.

Lib. XLIX. Tit. XIIX.
De Veteranis.

DIST. I.

Inter missionem *honestam*, *causariam* & *ignominiosam*.

DE hac distinctione vid. *Doctr. ff. de testam. mil.* §. *VI.* & *h. tit.* §. *1.*

Lib. L Tit. I.
Ad Muncipalem & de Incolis.

DISTINCTIO I.

Inter *Cives*, *incolas* & *forenses*.

CIves dicuntur, qui & domicilium suum in aliqua civitate constituerunt & jus civitatis acquisiverunt.

Incolæ,

Incolae, qui itidem quidem domicilium suum in civitate constituerunt, sed tamen jus civitatis non acquisiverunt.

Forenses, qui nec domicilium in civitate habent nec in numerum civium recepti fuerunt, sed tamen bona ibi possident immobilia, vid. Mev. *ad jus Lubec. qu. 4. num. 1. & 2.*

Usus in eo consistit. *Cives* & communionem commerciorum & connubiorum & omnium emolumentorum habent *& ad suffragia atque honores in Civitate admittuntur*, quemadmodum etiam onera realia & personalia ferre tenentur. *Incolae* pariter talia onera ferre debent, habent quoque communionem commerciorum & connubiorum, sed *ad suffragia & ad honores non admittuntur*, *v. l. 29. ff. h. t.* cui non obstat *l. 3. C. de incol.* quia ibi vocabulum *munerum* de muneribus cum dignitate conjunctis intelligendum, illustr. Stryk. *in not. ad Lauterbach. h. t. verb. obc. 3.* *Forenses* denique quamvis hodie, ubi differentia inter peregrinos & cives cessat, jus commerciorum regulariter quoque habeant, (nisi mores quorundam locorum obstent, *ad munera personalia tamen non tenentur.* Imo, nec ad omnia realia, nisi

quatenus illa ſunt ordinaria, vel ad conſervationem rerum in Civitate ſitarum pertinent. Quod ſi ergo v. g. hoſtis aliquis civitati exitium minitetur, niſi certam pecuniæ ſummam dederit, tunc forenſis, qui nullas ædes ibi posſidet, ad contributionem non tenetur. Aliud vero, ſi ædes ibi habeat, aut hoſtis fructus agrorum devaſtare velit, vid. Ziegler *de jur. majeſt. lib. 2. cap. 2. §. 68.*

Quæritur, *quemnam Statuta obligent?* De *Civibus* quidem nullum adeſt dubium, ſive in rem, ſive in perſonam ſint concepta. Idem de *incolis*, niſi hi per ſpeciale privilegium exemti ſint, ut Clerici, Profeſſores, Aulici, &c. tunc enim ea, quæ in perſonam concipiuntur, illos non ſtringunt. At vero *Forenſes* nulla obligant, niſi quæ in rem ibi ſitam concipiuntur, de qua materia fuſius agit Mevius *ad jus Lub. quæſt. prælim. 4.*

LIB. L. TIT. IV.
De Muneribus & honoribus.

DISTINCTIO I.
Inter Munera *personalia*, *realia*, seu *patrimonialia* & *mixta*.

USus ex iis, quæ ad *Dist. præc.* diximus, statim apparet, quoniam scilicet cives & incolæ ad quæcunque munera tenentur, sive sint patrimonialia, sive personalia; forenses autem non nisi ad patrimonialia pro rebus in illa civitate sitis. De mixtis idem dicendum esse puto, quod de personalibus, quia aliquid personale admixtum habent, quod nempe forenses ad illa subeunda non adstringantur. Mixtorum exemplum habetur in *l.* 18. §. 26. & 27. *ff. h. t.* de *decaprotis* & *isocaprotis*, qui non solum tributa & annonam exigentes corporale ministerium præstant, sed & pro omni-

bus defunctorum fiscalia detrimenta resarciunt, vel annonam exigentes desertorum prædiorum damna sustinent.

DISTINCTIO II.

Inter munus personale *privatum* & *publicum*.

PRivatum vocat Lauterbach, quod principaliter ad privatorum utilitatem spectat, v. g. tutela, quamvis hæc alio respectu etiam ad officia publica referri soleat, quia scilicet publica autoritate injungitur. *Publicum* autem hoc loco est, quod principaliter ob publicam utilitatem imponitur, v. g. officium Consiliarii, Secretarii, &c.

Usus in eo constitui posset, quod munus *privatum* nullam tribuat prærogativam aut præcedentiæ jus, bene tamen *publicum*. Item, quod *publicum* regulariter salarium annexum habere soleat, non autem *privatum*, & quod *publicum* regulariter conferatur ab ipso Principe, *privatum* autem à quolibet Magistratu inferiore, &c.

DIST.

DISTINCTIO III.

Inter munus perſonale *honoratum* & *inhonoratum*.

AD *honorata* in multis locis non alii, niſi indigenæ admittuntur, ad *inhonorata* autem extranei quicunque. *Ea* tribuunt prærogativam, non autem *hæc*. Illi, qui jam in officio honorato conſtitutus, adhuc aliud *honoratum* imponi poteſt, non autem *inhonoratum*. In *honoratis* conferendis gradatim eſt procedendum, quod ad *inhonorata* applicari non poteſt.

DISTINCTIO IV.

Inter munus reale *ordinarium* & *extraordinarium*.

QUando Princeps alicui immunitatem conceſſit, tunc illa conceſſio de *ordinariis* ſaltem intelligenda eſt, non autem de *extraordinariis*, quæ ob ſummam neceſſitatem & publicam utilitatem imponuntur, quod ex DD. fuſe oſtendimus in *pecul. diſp. de Immunitate non excuſante*.

LIB. L. TIT. XI.

De Nundinis.

DISTINCTIO I.

Inter Nundinas *hebdomadales*, *annales* & *solennes*, Wochenmärckte / Jahrmärckte und Messen.

HEbdomadales *cujusvis loci Magistratus* sine speciali Principis concessione constituere potest, & in illis *nulla privilegia vendentibus competunt*. *Annales* autem quilibet *Status Imperii* in suo territorio instituit & iis quoque *absque confirmatione Imperatoris* Privilegia eadem concedere potest, quæ solennes habent, sed hæc effectum suum *in illo saltem territorio*, quod tali Statui subjectum est, consequantur, non autem in territoriis Statuum vicinorum. *Solennes* etiam à Statibus instituuntur, sed *accedente Imperatoris confirmatione*, & tunc mercatoribus & in accessu & in recessu plena securitas *per totum Imperium* competit, v. pluribus Schvveder *introd. in jus publ. part. spec. Sect. 1. Cap. 17. §. 13. usque ad 18.*

LIB.